

UNIVERSITY OF COPENHAGEN



## **Retsbeskyttelsen af fostre og befrugtede æg om håndteringen af retlige hybrider**

Herrmann, Janne Rothmar

*Publication date:*  
2008

*Citation for published version (APA):*  
Herrmann, J. R. (2008). *Retsbeskyttelsen af fostre og befrugtede æg: om håndteringen af retlige hybrider*. København: Djøf Forlag.

# Retsbeskyttelsen af fostre og befrugtede æg

Om håndteringen af retlige hybrider



Janne Rothmar Herrmann

# Retsbeskyttelsen af fostre og befrugtede æg

Om håndteringen af retlige hybrider



Jurist- og Økonomforbundets Forlag  
2008

*Retsbeskyttelsen af fostre og befrugtede æg  
Om håndteringen af retlige hybrider*

1. udgave, 1. oplag

© 2008 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.  
Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller anden gengivelse af  
eller kopiering fra denne bog eller dele heraf er ifølge  
gældende dansk lov om ophavsret ikke tilladt uden  
forlagets skriftlige samtykke eller aftale med Copy-Dan

Omslag: Morten Højmark  
Tryk: Narayana Press, Gylling  
Indbinding: Damm's Forlagsbogbinderi, Randers

Printed in Denmark 2008  
ISBN 978-87-574-1807-1

Jurist- og Økonomforbundets Forlag  
Lyngbyvej 17  
Postboks 2702  
2100 København Ø

Telefon: 39 13 55 00  
Telefax: 39 13 55 55  
e-mail: [forlag@djoef.dk](mailto:forlag@djoef.dk)  
[www.djoef-forlag.dk](http://www.djoef-forlag.dk)

## Forord

Denne bog er min ph.d. afhandling, der blev forsvaret for ph.d.-graden den 28. maj 2008 på Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet og bedømt af et bedømmelsesudvalg bestående af professor, dr.jur. Kirsten Ketscher, Københavns Universitet, professor, dr.juris. Aslak Syse, Universitetet i Oslo og professor, dr.juris Henriette Sinding Aasen, Universitetet i Bergen.

Først og fremmest vil jeg gerne rette den største tak til min vejleder professor, dr. jur. Mette Hartlev. Mette har både været en inspirerende faglig rollemodel, der med stor gavmildhed har uddelt ros og ris undervejs, men som også med stor varme og menneskelig indsigt har givet mig mod og tro til at springe ud i ph.d. forløbets mange nye udfordringer.

Københavns Universitets satsningsområde BioCampus finansierede ph.d.-stipendiet. Jeg vil gerne takke BioCampus' vejlederpanel, og i særlig grad min bivejleder lektor, ph.d. Klemens Kappel og tidligere medunderviser i bioret og bioetik projektleder, ph.d. Henrik Kjeldgaard Jørgensen, der begge har bidraget til at lede mig ind i etikens og filosofiens verden.

Jeg vil gerne takke Det Juridiske Fakultet, forskningscenteret Welma og navnlig kollegerne i Store Kannikestræde 18 for et godt forskningsmiljø. Især vil jeg takke adjunkt, ph.d. Stine Jørgensen, ph.d. stipendiat, cand.jur. Nikolaj Nielsen og post.doc., ph.d. Trine Baumbach for godt kollegaskab.

Jeg har under arbejdet med afhandlingen haft stor gavn af ophold på Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht i Freiburg, og jeg vil i den forbindelse gerne takke Dr. Karin Cornils.

Jeg vil gerne takke Dr. Stephen Minger, Director of King's College London's Stem Cell Laboratory for et inspirerende besøg i laboratoriet og et uvurderligt indblik i stamcelleforskningens potentiale og praktiske aspekter.

Ligeledes en tak til Etisk Råd og de oplægsholdere, der i forbindelse med møderne om sene aborter gav mig et vigtigt indblik i abortområdet.

Tak til BioCampus, Det Juridiske Fakultet, Det Finneske Legat og Axel H's rejselegat for økonomisk støtte til udenlandske forskningsophold, rejser og konferencedeltagelse.

## *Forord*

Endelig vil jeg gerne takke min søster Elisabeth for et unikt venskab og min mor, Merete, Kim og Malene for jeres fantastiske opbakning.

Bogen tilegner jeg Niels Rothmar (1944-2003) – uden dig havde jeg ikke fundet min ledestjerne.

# Indholdsfortegnelse

## Kapitel 1. Afhandlingens emne

1. Emnet .....	1
1.1. Fra usynlig til synlig .....	1
1.2. Den retlige uklarhed .....	3
2. Forskningsformålet .....	6
3. De udvalgte retsområder .....	8
4. Terminologi .....	9
5. Den videre fremstilling .....	11

## Kapitel 2. Forståelsesramme

1. Præsentation og plan for kapitlet .....	13
2. Det bioretlige perspektiv .....	13
2.1. Fra ret til bioret .....	14
2.2. De retlige grundprincipper .....	16
2.3. Retlig fortolkning .....	17
2.4. Kvinderetten i bioretten .....	18
2.5. Forholdet mellem bioret, videnskab og teknologi .....	19
2.6. De bioretlige lovgivningsstrategier .....	23
3. Retskilderne .....	24
3.1. Indledning .....	24
3.2. Menneskeretten .....	24
3.2.1. Argumentativ vægt .....	24
3.2.2. Bioetikkonventionen .....	25
3.3. EU-retten .....	29
3.4. Administrativ praksis .....	30
3.5. Inddragelse af fremmed ret .....	31
4. Begrebsafklaring .....	33
4.1. Kategorisering .....	33
4.1.1. Om det antropologiske kategoriseringsbegreb .....	33
4.1.2. Et kategoriseringsinspireret blik på retten .....	34
4.2. Statusbegrebet .....	35

## Kapitel 3. Kategorisering og retlige aktører

1. Præsentation og plan for kapitlet .....	37
--	----



## *Indholdsfortegnelse*

2. Videnskabelig kategorisering af fosteret .....	39
2.1. Biologisk oprids af livets begyndelse .....	39
2.2. Den biologiske kategorisering af livets begyndelse .....	40
2.3. Forholdet mellem biologi og ret .....	41
3. Kategoriseringer af fosteret i etikken .....	42
3.1. Etisk status .....	42
3.2. Eksempler på etiske kategoriseringer .....	46
3.2.1. Peter Singer .....	46
3.2.2. Judith Jarvis Thomson .....	47
3.2.3. Deryck Beyleveld & Roger Brownsword .....	48
3.3. Opsamling .....	51
4. Forholdet mellem ret og etik .....	52
4.1. Ret som det ydre udtryk for etik .....	52
4.2. Etiske normers rolle i retlig argumentation .....	53
5. Kategoriseringer af fosteret i retten .....	54
5.1. Mellem person og ting .....	54
5.2. Kategorisering af fosteret i den ældre personret .....	56
5.3. Forsøg på nye kategoriseringer .....	58
5.3.1. Alf Ross .....	59
5.3.2. Inger Dübeck .....	60
5.3.3. Lars Adam Rehof .....	61
5.3.4. Rettigheder som kategoriseringsinstrument .....	61
6. Sammenfattende om etisk og retlig kategorisering .....	68
7. Retlige aktører og rettigheder .....	70
7.1. Indledning .....	70
7.2. Kvindens og mandens rettigheder .....	71
7.2.1. Kvindens rettigheder .....	71
7.2.2. Mandens rettigheder .....	75
7.3. Sundhedspersoners rettigheder .....	77
7.4. Forskeres rettigheder .....	78
7.5. Andre personers rettigheder (stamceller) .....	79
7.6. Samfundet .....	82
7.7. Sammenfattende om retlige aktører og rettigheder .....	83
8. Opsamling .....	83

## **Kapitel 4. Abort**

1. Præsentation og plan for kapitlet .....	85
2. Definition og afgrænsning af abortbegrebet .....	85
3. Beskyttelseshensyn .....	88
3.1. Abort i menneskeretlig belysning .....	88

3.1.1.	FN's konventioner .....	88
3.1.2.	EMRK .....	91
3.1.2.1.	Indledning .....	91
3.1.2.2.	Afvejningen mellem kvinden og fosteret .....	92
3.1.2.3.	Afvejningen mellem kvinden og staten .....	95
3.1.2.4.	Afvejningen mellem kvinden og manden .....	103
3.2.	Abort i EU-retten .....	105
3.3.	Opsamling .....	112
4.	Abortindgreb i dansk ret .....	113
4.1.	Oversigt og historik .....	113
4.2.	Hensynet til kvindens selvbestemmelsesret .....	115
4.2.1.	Retskrav .....	115
4.2.2.	En reel vægtning af hensynet til selvbestemmelse? ...	117
4.2.2.1.	Om baggrunden for den fri abort .....	117
4.2.2.2.	Om baggrunden for 12-ugers-grænsen .....	118
4.2.2.3.	Har teknologien overhalet 12-ugers-grænsen? .....	119
4.2.3.	Mindreårige piger .....	123
4.2.4.	Vejledning og information .....	126
4.2.5.	Anmodning og samtykke .....	128
4.2.6.	Støtte .....	129
4.3.	Hensynet til kvindens liv og sundhed .....	132
4.3.1.	Abort i faresituationer .....	132
4.3.2.	Den medicinske indikation .....	134
4.4.	Hensynet til fosterets egen interesse i ikke at blive født og kvindens interesse i fødslen af et sundt barn .....	136
4.4.1.	Den eugeniske indikation – baggrund og relation til fosterdiagnostik .....	136
4.4.2.	Begreberne fare og alvorlig lidelse .....	137
4.4.3.	Fosterreduktion .....	143
4.5.	Hensynet til socialt velbefindende .....	145
4.6.	Hensynet til levedygtighed .....	147
4.7.	Hensynet til samfundsnormer og etik .....	151
4.8.	Opsamling .....	152
5.	Retten til behandling .....	153
5.1.	Indledning .....	153
5.2.	Hvem må udføre abort .....	154
5.3.	Ret til behandling og pligt til at behandle .....	155
5.4.	Sundhedspersoners etiske forbehold ved abortbehandling .....	158
5.5.	Opsamling .....	165
6.	Straffebestemmelser .....	165

## *Indholdsfortegnelse*

7. Samråd, ankenævn og sagsbehandling .....	171
7.1. Sammensætning af samråd og ankenævn .....	171
7.2. Kompetence .....	172
7.3. Sagsbehandling .....	172
8. Opsamling .....	175

## **Kapitel 5. Retten til liv, sundhed og behandling**

1. Præsentation og plan for kapitlet .....	179
2. Retten til at blive født levende .....	180
2.1. Indledning .....	180
2.2. En menneskeretlig beskyttelse? .....	181
2.2.1. EMRK .....	181
2.2.2. FN's konventioner .....	190
2.3. Kan en ret til livet gennemtvinges? .....	194
2.3.1. Indledning .....	194
2.3.2. Tvangsmæssig behandling .....	194
2.3.3. Tvangsmæssig behandling i fremmed ret .....	200
2.3.4. Behandling af gravide kvinder i permanent vegetativ tilstand .....	203
2.4. Opsamling .....	207
3. Retten til sundhed og behandling 206	
3.1. Retten til at blive født sund? .....	208
3.1.1. Ret til sundhed .....	209
3.1.2. Lægens forpligtelser over for et foster .....	212
3.1.3. Fosteret som forsøgsperson .....	214
3.1.4. Erstatning for fosterskader ved lægelig virksomhed og lægemiddelskader .....	216
3.1.5. Arbejdsmiljø .....	220
3.1.5.1. Arbejdsgiverens forpligtelser over for et foster .....	220
3.1.5.2. Erstatning ved arbejdsskader .....	222
3.2. Pligt til et sundt svangerskab? .....	223
3.2.1. Indledning .....	223
3.2.2. Tvangsforanstaltninger i norsk ret .....	224
3.2.3. Hjelpeforanstaltninger i dansk ret .....	226
3.2.4. Overvejelser om autonomi v. tvang .....	230
3.2.5. Fosterets muligheder for erstatning fra moderen .....	234
3.3. Ret til behandling .....	237
4. Opsamling .....	239

## **Kapitel 6. Det døde foster**

1. Præsentation og plan for kapitlet .....	241
2. Kategorisering af det døde foster .....	243
2.1. Grænsen mellem abort og dødfødt barn .....	243
2.2. Retsvirkninger .....	244
2.2.1. Dødfødte børn .....	244
2.2.2. Aborterede fostre .....	246
2.2.3. Selvbestemmelsesret over væv fra aborterede fostre ..	249
3. Anvendelse af det aborterede foster .....	252
3.1. Diagnostik .....	252
3.2. Forskning .....	254
3.3. Behandling .....	258
3.4. Kommmercialisering .....	263
4. Opsamling .....	267

## **Kapitel 7. Embryoer og embryonale stamceller**

1. Præsentation og plan for kapitlet .....	271
2. Embryoer .....	272
2.1. In vitro befrugtning .....	272
2.2. Selektion og frasortering .....	273
2.2.1. Frasortering på baggrund af biologiske kriterier .....	273
2.2.2. Præimplantationsdiagnostik .....	273
2.2.3. Selektion med henblik på etablering af graviditet .....	275
2.3. Destruktion og bortskaffelse .....	276
3. Stamcelleforskning og behandlingsperspektiver .....	277
4. Beskyttelseshensyn .....	280
4.1. Striden om det befrugtede ægs etiske status .....	280
4.2. Den menneskeretlige ramme for stamcelleforskning .....	281
4.3. Den EU-retlige ramme – kompetence til at regulere etik og allokering af forskningsmidler .....	284
5. Embryonal stamcelleforskning i dansk ret .....	288
5.1. Indledning .....	288
5.2. Historik .....	288
5.3. Overskydende æg og donation .....	290
5.4. Forskningsformålet .....	293
5.5. Embryoets rettigheder som forsøgsobjekt .....	295
5.5.1. 14-dages-grænsen .....	296
5.5.2. Informeret samtykke .....	297
5.5.3. Godkendelse i det videnskabsetiske komitésystem ....	298

## *Indholdsfortegnelse*

5.6. Særlige forhold ved deponering i stamcellebank .....	300
5.6.1. Import .....	300
5.6.2. Eksport .....	301
5.7. Etisk forbehold? .....	303
5.8. Straffebestemmelser .....	304
6. En alternativ reguleringsmodel: stamcelleforskning i britisk ret .....	305
7. Opsamling .....	308

## **Kapitel 8. Konklusion og fremtidsperspektiver**

1. Præsentation og plan for kapitlet .....	313
2. Om kategoriseringen af fostre og befrugtede æg .....	313
2.1. De tre hovedkategorier .....	313
2.1.1. In vivo .....	314
2.1.2. In vitro .....	315
2.1.3. Ex vita .....	316
2.2. Parametre for den retlige kategorisering .....	317
2.2.1. Biologisk potentialitet .....	317
2.2.2. Egnethed .....	319
2.2.3. Biografisk potentialitet .....	321
2.2.4. Videnskabelig potentialitet .....	322
2.2.5. Ingen potentialitet .....	323
2.2.6. Kvindens hensigt og autonomi .....	324
2.3. Afrunding .....	325
3. Fremtidsperspektiver .....	326
3.1. Ektogenese .....	326
3.1.1. Indledning .....	326
3.1.2. De retlige rammer .....	327
3.1.3. De retlige udfordringer .....	328
3.2. Kimærer, hybrider og cybrider .....	330
3.2.1. Indledning .....	330
3.2.2. De retlige rammer og udfordringer .....	332
3.3. Fri bevægelighed og moralsk forumshopping .....	335
3.3.1. Nationale etiske og retlige grænser .....	335
3.3.2. Behandling med stamcelleterapier .....	336
4. Om den retlige kategoriseringsproces .....	338
4.1. Hvad er barnets navn? .....	338
4.2. Rettens forestillinger om naturvidenskaben .....	339
4.3. Prioritering og afvejning .....	340
4.3.1. Indledning .....	340
4.3.2. Et retligt udgangspunkt .....	341

**Summary in English**

1. The Biolegal Perspective .....	345
2. Legal Categorisations and the Interplay between Science, Ethics and Law .....	346
3. Abortion .....	350
4. The Right to Life, Health and Treatment .....	351
5. The Cadaveric Foetus .....	352
6. Embryos and Embryonic Stem Cell Research .....	353
7. Conclusions and Future Perspectives .....	356

<b>Litteraturhenvisninger</b> .....	359
-------------------------------------	-----

<b>Domme</b> .....	373
--------------------	-----

<b>Betænkninger og redegørelser m.v.</b> .....	377
--	-----



# Kapitel 1

## Afhandlingens emne

*”saa længe som Fosteret ikke er kommen for Lyset, kand man ikke  
vide, enten det kommer levende eller død frem, enten det bliver  
Mand- eller Qvinde-Kiøn”*

Ludvig Holberg: Naturens og Folkerettens Kundskab, 5. ed. (II, VIII)

### 1. Emnet

#### 1.1. Fra usynlig til synlig

Livet og døden som fast definerede begreber er under udfordring i den moderne bioteknologiske tidsalder. De er blevet kategorier, hvis betydning kan bestrides eller anfægtes. Retten forholder sig også til disse kategorier, og brydningerne kan derfor også påvirke retlig regulering og retlige begreber.

Traditionelt har man, som udtrykt af Ludvig Holberg, betragtet fosteret som en ukendt størrelse. Kun ved fødslen kunne man konstatere, om barnet var levende, hvilket køn det var, eller om der var ét eller flere børn. Fødslen har derfor traditionelt været den begivenhed, der giver det nye menneske identitet, og været adgangsbilletten til at blive genkendt i retten som et rets-subjekt.

I dag træder fosteret, ved hjælp af en række teknologier, frem i lyset på forskellig vis, ikke bare *inden* fødslen, men også allerede fra det bliver skabt: fosteret er således blevet påviseligt både i visuel og empirisk forstand, hvor ultralydsscanning langt tidligere end før skaber associationen fra foster til barn, og giver kvinden mulighed for selv at personificere fosteret som et barn via oplysninger om køn og helbred. Både fostre og befrugtede æg kan også, i medfør af den videnskabelige og medicinske forskning og viden, gøres til genstand for behandling, forsøg, diagnostik osv. såvel på et tidligere tidspunkt *in vivo*, men også allerede ved selve befrugtningen *in vitro*.

I 1978 blev verdens første reagensglasbarn, Louise Brown, født i Storbritannien. I kølvandet på IVF-teknologien fulgte en række teknologiske muligheder men også en vifte af både etiske og retlige spørgsmål. De nye tek-



## *Kapitel 1*

nikker har således haft betydning både for den reproduktive proces og for udviklingen af regenerativ medicin:

De bedste æg og sædceller kan udvælges og forenes i et reagensglas eller en petriskål. Man kan forestille sig, at dette kan gøres ud fra forskellige kriterier, fx at barnet skal have nogle bestemte gode egenskaber, eller at det ikke skal være sygt. Det befrugtede æg kan således ikke bare blive til et barn, men til et barn, der på forhånd er blevet undergivet forskellige former for ”kvalitetssikring”.

Men ikke alle befrugtede æg får lov til at udvikle deres potentiale til at blive et foster. De kan være overtallige, fordi der er flere æg i petriskålen end der er brug for. Det overskydende æg bliver måske frosset ned, destrueret eller doneret til forskning. I forsøgslaboratoriet kan det befrugtede æg bruges til at udvikle nye eller bedre behandlinger mod barnløshed, men det kan også bruges til at høste stamceller, som måske kan bruges til helt nye måder at kurere eller afhjælpe alvorlige sygdomme.

Imens er dét befrugtede æg, der naturligt eller ved hjælp af fertilitetsbehandling blev implanteret i kvindens livmoder, ved at udvikle sig til et foster. Allerede inden implantationen er det måske blevet undersøgt for sygdomme ved hjælp af præimplantationsdiagnostik, og i fosterstadiet kan det igen blive undersøgt og ført frem i lyset ved hjælp af ultralydsscanning, fostervandsprøve og andre diagnostiske teknikker. Hvis fosteret er sygt, ønsker kvinden måske at afbryde graviditeten, eller at fosteret bliver behandlet for sin sygdom allerede i fosterstadiet.

Den medicinske udvikling og viden har også medført en bevidsthed om, at fosteret ikke altid er beskyttet af sin tilstedeværelse i kvindens krop under graviditeten. Hvis den gravide kvinde bliver syg af røde hunde, eller hun ikke får tilstrækkelig ernæring, ryger, drikker alkohol eller bruger euforiserende stoffer, kan fosteret fødes med alvorlige skader.

Som følge af at fosteret og det befrugtede æg er blevet fjernet fra sit skjul i kvindens krop, kan det komme frem i lyset på mange andre måder end en fødsel, og det befrugtede ægs formål vil ikke altid være fødslen af et barn. Det spirende liv kan således optræde i mange skikkelser; som et potentielt barn, som et uønsket konceptionsprodukt og som kilden til grundforskning og regenerativ medicin, for blot at nævne nogle få. I 1998 publicerede forskere en metode, der gjorde det muligt at opformere en enkelt stamcelle til uendelige stamcellelinjer. Det befrugtede æg kunne således for første gang danne kimen til standardiseret forskning i stamceller og muligheden for at

udvikle stamcelleterapier.<sup>1</sup> Dets status udspiller sig således ikke bare som et rettighedssammenstød med kvinden, men befinder sig i et spændingsfelt med en række andre aktører og interessehensyn.

En afklaring af fosterets retsstilling er således blevet stadig mere relevant i takt med, at embryoet dels som entitet er blevet mere transparent og påviseligt som følge af udviklingen i fertilitetsbehandling og præimplantations- og fosterdiagnostik, og dels i stigende grad ses som et potentielt kommercielt eller medicinsk produkt.

## **1.2. Den retlige uklarhed**

Retsbeskyttelsen af fostre og befrugtede æg er langt fra entydig eller standardiseret, uanset i hvilken skikkelse de optræder. I det følgende vil jeg eksemplificere, hvordan to fostre, der umiddelbart forekommer at være sammenlignelige, retligt bliver håndteret meget forskelligt.

I UfR 2006.1089H havde et par unge mænd kørt om kap på den befærdede Frederikssundsvej i København og ramt adskillige fodgængere. En kvinde pådrog sig alvorlig personskade og mistede herunder også sit 26 uger gamle foster. Der blev rejst tiltale og domfældt for overtrædelse af straffelovens § 249 om uagtsom legemsbeskadigelse af kvindens krop. Fosteret blev således i denne sag ikke betragtet som noget selvstændigt, som der kunne rejses selvstændig tiltale i forhold til – tværtimod var fosteret ikke noget mere eller andet end en del af kvindens krop.

Samme år var en 13-årig pige, der gik i 7. klasse og boede hos sine forældre, gravid i 24. uge.<sup>2</sup> Hun anmodede om abort, da hun hverken kunne overskue at skulle have et barn eller følte sig i stand til at tage vare på det. Abortankenævnet gav hende afslag på abort. Selvom den 16-årige kæreste havde haft ulovligt seksuelt samkvem med hende, og pigen var ganske ung, blev der lagt vægt på, at et foster, der kommer naturligt til verden i 24. uge eller senere antages at være levedygtigt. Med henvisning til levedygtighedskriteriet, der udgør den øvre grænse for abort, blev pigens anmodning således afvist.

Disse sager illustrerer, hvordan to fostre, der begge er levedygtige, i hver sin kontekst kategoriseres som henholdsvis en del af kvindens krop uden selvstændig retsbeskyttelse og som et individualiseret menneskeligt liv.

---

<sup>1</sup> Se nærmere Søren Holm: *Going to the roots of the stem cell controversy* i *Bioethics*, 2002, vol. 16, no. 6, p. 493-507 (note 3).

<sup>2</sup> Abortankenævnets årsberetning 2006, p. 27-28.

## Kapitel 1

I forlængelse af den første sags problemstilling indvendes oftest, at en strafferetlig beskyttelse af fosteret i dette tilfælde ikke er hensigtsmæssig af hensyn til gerningsmanden, der kan straffes for en relativt alvorlig forbrydelse uden han måske er klar over, at kvinden er gravid. I andre sammenhænge er det dog sådan, at gerningsmanden må tage sit offer, som det er; det er således uden betydning, hvis offeret på grund af sygdom er mere udsat end andre for at dø som følge af gerningsmandens handling, ligesom det er uden betydning, hvis offeret led af en alvorlig, dødelig sygdom og alligevel ville være afgået ved døden den følgende dag. At et foster af denne alder efter døden i alle andre sammenhænge betragtes som et dødfødt *barn*,<sup>3</sup> understreger yderligere den retlige usikkerhed om fosterets retsstilling. I forlængelse af den anden sags problemstilling problematiseres konsekvenserne for kvinden knapt så ofte, som det er tilfældet for gerningsmanden i den strafferetlige kontekst. Dette er således et eksempel på relevansen af at afdække de kontekster og hensyn, som fosterets status udspiller sig blandt.

Ser man derimod på døden, er der tale om en retlig kategorisering, som individet selv og de pårørende i høj grad har indflydelse over.

Ved indførelsen af hjernedøds-kriteriet fik både individet og de pårørende større indflydelse på, hvad der skal ske efter døden, fx ved at udfylde et donorkort eller som pårørende at give samtykke til organdonation. Døden er altså blevet fjernet fra en overvejende kollektiv etik og samfunds-dikteret regulering til at være et spørgsmål, der i højere grad er overladt til individet og dets nære relationer. Det betyder, at der er to medicinske og retlige døds-kriterier, som komplementerer hinanden, og som kan bruges afhængigt af, hvilken status individet selv ønskede, eller de pårørende ønsker at tildele den døende/afdøde. Hvis de pårørende ønsker, at den dodes organer skal hjælpe et sygt menneske til at blive rask, vil hjernedøds-kriteriet give den afdøde status som en død, hvorved det ønskede formål om at gøre godt kan opnås. Forbinder de pårørende derimod den varme krop og hjertet, der slår, med noget levende, til trods for at hjernedøden er indtrådt, vil en transplantation kunne virke som et overgreb på en person, der opfattes som døende og ikke som afdød. Her vil hjertedøds-kriteriet altså passe langt bedre til den kategori, som den døende placeres i af de pårørende. Om individet kategoriseres som en person eller en afdød kan således enten knyttes til fravær af kognitiv eller biologisk funktionsdygtighed.

Opfattelsen af døden er et eksempel på, hvordan en velafgrænset kategori kan ændre sig i takt med videnskabelige udviklinger og opdagelser. Lovgi-ver har således udvidet den traditionelle retlige opfattelse af døden som værende lig med hjertedøden med det nyere hjernedøds-kriterium. Ved at transformere dette lægefaglige begreb til en retlig kategori er den retlige opfattelse af dødens indtræden blevet ændret, så den dodes organer kan transplanteres til et sygt menneske. Grænserne for, hvornår mennesket kategoriseres

---

<sup>3</sup> Dette spørgsmål vender jeg tilbage til i kapitel 6.

som en afdød, er således ikke (længere) et spørgsmål om enten/eller. Retlig personlighed slutter altså ikke i et præcist punkt. Tværtimod er kategoriseringen som afdød blevet mere flertydig, så den kan ske på flere trin, og kan afhænge af den døendes/afdødes eller de pårørendes ønsker.

I begge yderpunkter af livets grænseområder påvirkes retten også af udviklingen i bioteknologi og lægevidenskab. Nye videnskabelige opdagelser stiller lovgiver og retsliv over for nye biologiske paradigmer og lægevidenskabelige praksisser. Indgreb og muligheder, der før var utænkelige, rejser ikke bare spørgsmål om etiske og retlige grænser, men udfordrer også retlige begreber og traditionel personretlig tænkning ved at skabe fosteret og det befrugtede æg i nye fremtrædelsesformer.

Dette betyder også, at de retlige spørgsmål, der knytter sig til fosterets og det befrugtede ægs status ikke længere kun relaterer sig til de retsområder, hvor retsvidenskaben traditionelt har måttet forholde sig til fosteret, dvs. fosterets formueretlige stilling i forbindelse med arv og erstatning, og fosterets retsstilling i sammenstødet med kvindens rettigheder i det klassiske abortspørgsmål. De retlige spørgsmål, der i dag presser sig på er af en helt anden karakter. Når befrugtede æg er i overskud og ikke længere skal bruges i fertilitetsklinikken, skal de så betragtes som *ting*, der kan smides i skraldespanden eller som *personer*, der må beskyttes, hvis de i stedet bruges til forskning? Når stamcelleforskeren frembringer befrugtede æg med kloningsteknikken, kan vi så kategorisere processen og produktet som henholdsvis en *befrugtning* og et *menneske*? Den virkelighed, som retten søger at forme<sup>4</sup> og regulere, er således blevet langt mere kompleks. I en kompleks virkelighed vil man, som jeg vil vende tilbage til, kunne observere, at retten drager grænser ved at skabe nogle kategorier.<sup>5</sup> Retsbeskyttelsen bliver derfor i høj grad et spørgsmål, om man falder inden eller uden for de etablerede kategorier.<sup>6</sup>

De udviklinger, jeg her har skitseret, betyder, at der både i dansk og international ret hersker en del uklarhed om fosterets retsstilling.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Se kapitel 2 og 3, hvor jeg vil uddybe dette nærmere.

<sup>5</sup> Se eksempelvis om "legal boundary work" og "membership categories" i retten i Michael Lynch: *Membership categories in courtroom testimony* i Sheila Jasanoff (ed.): *States of knowledge – The co-production of science and social order*, London, 2004, p. 161-180 (165-167).

<sup>6</sup> Sml. Peter H. Schuck: *Multi-Culturalism Redux: Science, Law and Politics* i *Yale Law and Policy Review* 11, 1 (1993), p. 1-46 (24).

<sup>7</sup> Se også Mette Hartlev: *Fortrolighed i sundhedsretten – et patientretligt perspektiv*, København, 2005, p. 34, note 31 med yderligere henvisninger og Søren Holm: *Landesbericht Dä-*

## 2. Forskningsformålet

Evnen til at være et subjekt for og i retten kan karakteriseres som en grundrettighed, der er fælles for alle mennesker, og som følger personen hele livet igennem i alle retlige relationer.<sup>8</sup> I retsvidenskaben behandles spørgsmålet om retssubjektivitet og retsevne i den personretlige teori. I den forstand beskæftiger personretten sig således med spørgsmålet om, hvem der i retlig forstand er et menneske eller en person. Det betyder, at personretten traditionelt også har måttet forholde sig til fosteret på grund af dets potentiale til at blive en person.

I personretten behandler man fosteret som en særlig, men ensartet kategori. Fosteret betragtes som en anticiperet person; der kan stiftes anticiperede (formueretlige) rettigheder til fordel for fosteret som en måde at foregribe dets senere retlige tilværelse som et barn på, men det bliver først en person med rettigheder ved fødslen. Det indebærer, at tiden mellem befrugtning og fødsel opfattes på en ensartet måde, hvor det er uden betydning, om der er tale om et befrugtet æg eller et levedygtigt foster. Men spørgsmålet er, om dette giver et retvisende billede af fosterets placering.

Formålet med afhandlingen er at undersøge, om det forholder sig sådan, at man kan tale om fosteret som en ensartet retlig kategori, eller om der snarere kan identificeres en række kategorier, samt at pege på hvilke hensyn og afvejninger der er med til at placere fosteret i forskellige kategorier, og hvilke retlige implikationer det har, om fosteret bliver placeret i den ene eller anden kategori.

Det overordnede formål med denne afhandling er således at afdække, hvordan fosteret bliver *kategoriseret*. Jeg vil senere redegøre nærmere for, hvad der forstås ved kategorisering, men indledningsvist kan kategorisering defineres som de grænser og sondringer, som tillægger forskelle på mennesker, objekter o. lign. betydning, hvorved de placeres i forskellige kategorier, som har betydning for deres retsstilling. Denne kategorisering afdækkes inden for en række bioretlige problemfelter, som også i bioetikken har været omdiskuterede. Bioretten er, som jeg vil uddybe i kapitel 2, optaget af den indflydelse bioteknologiske og biomedicinske muligheder og praksisser har på menneske og samfund, og de retlige spørgsmål, der på den baggrund opstår om livets begyndelse og afslutning og hvad det vil sige at være et menne-

---

nemark i Albin Eser, Hans-Georg Koch & Carola Seith (red.): Internationale Perspektiven zu Status und Schutz des extrakorporalen Embryos, Baden-Baden, 2007, p. 38-57 (47).

<sup>8</sup> Se nærmere Inger Dübeck: Personers rettigheder – om individets fysiske og psykiske integritet, selvbestemmelsesret og identitet, København, 1997, p. 24-25.

ske. Det betyder for det første, at analysen beskæftiger sig med forskellige retsområder, og at forskellige juridiske discipliner vil blive inddraget som en integreret del af de udvalgte bioretlige tematikker. Den retlige kategorisering af fosteret er således den systematiserende og tværgående faktor og derfor bestemmende for de problemstillinger, der behandles. For det andet indebærer det bioretlige perspektiv en opmærksomhed på samspillet mellem biovidenskab, etik og ret. Som en del af formålet vil jeg således afdække, hvad der er afgørende for den retlige kategorisering af fosteret; er det noget lægefagligt, teknisk, biologisk eller normativt, der betinger retsbeskyttelsen og den retlige kategorisering af fosteret?

For at afdække kategoriseringen af livets start er det også nødvendigt at diskutere fosterets status i relation til andre aktørers rettigheder. Denne inddragelse af de relevante aktører, som jeg vil begrunde nærmere i kapitel 2 og 3, vil også bidrage til en bredere platform, hvor de grundhensyn og afvejninger, der gør sig gældende mellem fosteret og de øvrige involverede aktører og hensyn, inddrages.

Den retlige kategorisering af fosteret har ikke tidligere været genstand for en sammenhængende retsvidenskabelig analyse, selvom en sådan analyse indbefatter adskillige retsområder, der har betydelig samfundsmæssig betydning og bevågenhed. Den danske retsvidenskabelige litteratur om fosterets status findes især i de personretlige fremstillinger suppleret med overvejelser om fosterets retsstilling indenfor afgrænsede retsområder som fx arveret, erstatningsret, sundhedsret, strafferet og persondatabeskyttelsesret.<sup>9</sup> I 1985 bragte Ugeskrift for Retsvæsen en artikel om fosterets retsstilling, hvor forfatterne med udgangspunkt i de nye teknologier bl.a. efterlyste en nærmere drøftelse af personrettens udgangspunkt, hvorefter fostre ikke uden særlig hjemmel kan have retsevne.<sup>10</sup> Fosteret og det befrugtede æg er siden, som skitseret indledningsvist i dette kapitel, kommet endnu skarpere i teknologiens søgelys. Udviklingen i lægevidenskab og bioteknologi har således fortsat sat den klassiske personretlige opfattelse af fosteret under pres og cementeret behovet for retsvidenskabelige refleksioner om fosterets og det befrugtede ægs position.

---

<sup>9</sup> I de øvrige nordiske lande har spørgsmålet derimod været genstand for mere omfattende retsvidenskabelig interesse, jf. eksempelvis om fosterets status inden for afgrænsede retsområder i Aslak Syse: *Abortloven: Juss og verdier*, Oslo, 1993 og Karl Harald Søvig: *Tvang overfor rusmiddelavhengige – sosialtjenesteloven §§ 6-1 til 6-3*, Bergen, 2007 samt om fostersyn på tværs af forskellige retsområder i Jan Perselli: *Fostersyn i svensk rätt*, Linköping, 1998.

<sup>10</sup> Jørgen Rønnow Bruun, Nina Lassen og Lars Adam Rehof: *Fosterets retsstilling* i UfR 1985B.180-192 (187).

## Kapitel 1

Afhandlingen er blevet til som en del af Københavns Universitets tværfakultære satsningsområde BioCampus,<sup>11</sup> hvis formål bl.a. var at undersøge vekselvirkninger mellem den natur- og sundhedsvidenskabelige og den juridiske, humanistiske og samfundsvidenskabelige forskning indenfor det bioteknologiske og biomedicinske område gennem faglig dialog og samarbejde på tværs af de ”våde” og ”tørre” videnskaber. Dette udgangspunkt har været en inspirationskilde på flere områder i indkredsningen af forskningsformålet. Dette gælder først og fremmest opmærksomheden på samspillet mellem ret, teknologi og videnskab. For at belyse dette samspil i den retlige kategorisering af fosteret og det befrugtede æg har jeg forsøgt at få en forståelse af fosteret og det befrugtede æg som *biologisk størrelse* og de lægefaglige praksisser, der optræder inden for afhandlingens emneområder. Dette indebærer bl.a., at jeg har interesseret mig for spørgsmålet om det befrugtede ægs og fosterets biologiske udvikling, hvordan et abortindgreb udføres, hvad en medicinsk risikovurdering er, ligesom jeg har besøgt et britisk stamcellelaboratorium for at få kendskab til, hvordan stamcelleforskning foregår i laboratoriet. For det andet har jeg interesseret mig for spørgsmålet om det befrugtede ægs og fosterets *etiske status*. Afhandlingens emneområder kredser således om spørgsmål, der også i bioetikken har været omdiskuterede, ligesom den måde man opnår status på i etikken har været en inspirationskilde. For det tredje har jeg trukket på inspiration fra det antropologiske kategoriseringsbegreb, som inden for nyere forskning bl.a. bruges i folkesundhedsvidenskaben, og det samfundsvidenskabelige og humanistiske forskningsfelt Science and Technology Studies’ opmærksomhed på samspillet mellem ret, videnskab og teknologi. Den nærmere udmøntning af disse inspirationskilder vil jeg uddybe i kapitel 2 og 3, hvorfor forskningsformålet også vil blive nærmere indkredset og begrundet her.

### 3. De udvalgte retsområder

For at afdække fosterets retlige position har jeg udvalgt en række retsområder og tematikker. Disse er navnlig udvalgt med afsæt i de etiske diskussioner, som knytter sig til fosterets status, og som i nogle tilfælde også umiddelbart fremstår som det, der må have været baggrunden for den retlige regulering.

De udvalgte emner og tematikker er struktureret i tre emnefelt, der afspejler de tre overordnede kategorier, som umiddelbart kan udledes af såvel den biologiske klassifikation og den retlige regulering.

---

<sup>11</sup> Se nærmere <[www.ku.dk/satsning/biocampus](http://www.ku.dk/satsning/biocampus)> /dec. 2007.

Det første emnefelt knytter sig til det foster, der befinder sig i kvindens krop (dvs. fosteret *in vivo*). I kapitel 4 belyser jeg fosterets position i relation til abort, mens kapitel 5 beskæftiger sig med retsbeskyttelsen for fosteret under graviditeten i relation til retten til liv, sundhed og behandling.

Det andet emnefelt knytter sig til det døde foster (*ex vita*). Her mødes livets begyndelse og livets afslutning i én og samme organisme, hvilket kan give anledning til særlige vanskeligheder eller udfordringer i relation til den retlige håndtering.

Det tredje emnefelt omhandler embryoet uden for kvindens krop (*in vitro*) og det befrugtede ægs retlige status i forbindelse med embryonal stamcelleforskning.

Sammenfattende er mit fokus relateret til at afdække kategoriseringen af fostre og befrugtede æg samt de grundhensyn og afvejsninger, som har betydning for kategoriseringsprocessen på tværs af de traditionelle retlige discipliner. Da disse retlige kategorier ikke tidligere er blevet identificeret i dansk ret vil analysen af de udvalgte retsområder også have karakter af en traditionel retsdogmatisk analyse, idet det er nødvendigt at afdække fosterets retsstilling inden for de udvalgte retsområder for at identificere de retlige kategorier og de tilknyttede retlige implikationer samt de hensyn og aktører, som indgår i den retlige kategoriseringsproces.

På baggrund af analysen vil jeg i det afsluttende kapitel pege på de parametre, der kan udledes som centrale for placeringen af fosteret og det befrugtede æg i forskellige retlige kategorier, samt pege på de udfordringer retten står over for i håndteringen af fostre, befrugtede æg og andre grænsesubjekter, som ikke umiddelbart kan klassificeres i det personretlige begrebsapparat.

#### 4. Terminologi

I afhandlingen bruger jeg hovedsageligt udtrykket foster om tiden fra implantationen og embryo eller befrugtet æg om tiden mellem befrugtningen og det tidspunkt, hvor implantationen fuldendes. De udvalgte retsområder omhandler dog både befrugtede æg, zygoter, blastocyster og fosteranlæg. Disse udtryk er ikke synonyme, men refererer til den samme slags organisme blot i forskellige stadier af dens eksistens.<sup>12</sup> Udtrykkene har forskellige

---

<sup>12</sup> For en kort skitsering af fosterets biologiske udvikling se kapitel 3.



## Kapitel 1

værdiladninger,<sup>13</sup> og man bruger oftest udtrykkene befrugtet æg, zygote, blastocyste og fosteranlæg om de helt tidlige faser og udtrykket foster om den senere fase. Udtrykket foster og befrugtet æg bruger jeg som samlebetegnelser, men der hvor det er naturligt eller kan have retlige implikationer om man bruger det ene eller det andet ord, er dette forsøgt tydeliggjort terminologisk.

Udtrykkene kan som nævnt have forskellige værdiladninger; i et lovforslag fremsat i 2004 blev terminologien således også udtrykkeligt overvejet:<sup>14</sup>

”I forbindelse med forhandlingerne om og vedtagelse af den gældende lov i 1997 og ved senere drøftelser af loven har der fra nogle sider været fremført forskellige synspunkter på lovens terminologi.

I denne lov anvendes udtrykket ’det befrugtede æg’ som en samlende betegnelse for konceptionsproduktet (resultatet af sammensmeltningen mellem ægcelle og sædcelle) i dets udvikling uden for en kvindes krop fra befrugtningsøjeblikket til og med 14. dag (nedfrosen tilstand ikke medregnet). Denne terminologi har ved lovens administration hidtil vist sig velegnet og umisforståelig, såvel i forhold til de barnløse par, som i forhold til de sundhedspersoner lovgivningen retter sig imod. Betegnelsen ’fosteranlæg’ har været foreslået, men dækker perioden til og med 8. uge, hvorfor andre har foreslået betegnelsen ’før-fosteranlæg’. Også andre mere tekniske begreber, som relaterer sig til forskellige udviklingsstadier, har været på tale.

Regeringen finder det mest hensigtsmæssigt at bevare lovens terminologi, som ikke har givet anledning til lovtekniske problemer eller tvivl om lovens sigte.”

Det reproduktive område indeholder i det hele taget mange udtryk, som i sig selv kan have mere eller mindre positive eller negative konnotationer. Ligeledes kan det være vanskeligt at finde et udtryk, som ikke i sig selv kategoriserer fosteret eller det befrugtede æg som en *ting* eller som en *person*. Jeg har derfor fundet det vigtigt i videst muligt omfang at være opmærksom på dette i fremstillingen ved at fremhæve en distancering til indbyggede værdiladninger, hvis et sådant konkret udtryk er fundet mest hensigtsmæssigt at bruge.

---

<sup>13</sup> Se eksempelvis Aslak Syse: *Fra egg til menneske* i Anne Hellum, Aslak Syse & Henriette Sinding Aasen (red.): *Menneske, natur og fødselsteknologi – verdivalg og rettslig regulering*, Oslo, 1990, p. 89-106 (90), der tager afstand fra en terminologisk sontring, ”Jeg finner dette unødig og i tillegg terminologisk distanserende. Det befruktede egg må anses som potensielt menneskeliv på ethvert tidspunkt fra befruktningen og fram til fødselen”.

<sup>14</sup> L 187 forslag til lov om ændring af lov om kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning m.v. (Fastsættelse af behandlingstilbud i det offentlige sygehusvæsen, vurdering af forældreegnethed, konkret anvendelse af præimplantationsdiagnostik og opbevaringstid for nedfrosne æg), fremsat den 17. marts 2004, almindelige bemærkninger, pkt. 3.

## 5. Den videre fremstilling

Kapitel 2 og 3 udgør afhandlingens metodiske og begrebsmæssige forståelsesramme. I kapitel 2 redegør jeg for det valgte perspektiv og dets betydning for afhandlingens analyser. I kapitel 3 skitserer jeg den begrebsmæssige platform, som analysen tager sit afsæt fra.

Kapitlerne 4-7 udgør afhandlingens analysedel, mens kapitel 8 indeholder en opsummering og en behandling af udvalgte fremtidsperspektiver.



## Kapitel 2

### Forståelsesramme – perspektiv, retskilder og begreber

*”Retsanvendelse er ikke en øjeblikkelig konfrontation af en generel, på forhånd givet regel med et konkret på forhånd fastlagt og bestemt faktum, der (logisk og øjeblikkeligt) resulterer i en afgørelse. Nej, retsanvendelsen kræver tid, tid til opmærksomhed.”<sup>1</sup>*

Henrik Zahle

#### 1. Præsentation og plan for kapitlet

I dette kapitel vil jeg overveje, hvilke opmærksomhedsfelter der særligt knytter sig til afhandlingens analyse og perspektivvalg.

I afsnit 2 redegøres der for det bioretlige perspektiv, som jeg knytter til et værdibaseret og kvinderetligt fundament og til en opmærksomhed på samspillet mellem ret og teknologi. I afsnit 3 redegøres der for nogle retskildemæssige spørgsmål. Derpå følger i afsnit 4 en afklaring af to centrale begreber, der anvendes i afhandlingen.

I kapitel 3 vil jeg nærmere placere afhandlingens emne i en begrebsmæssig ramme.

#### 2. Det bioretlige perspektiv

Bioretten omhandler i høj grad eksistentielle spørgsmål, herunder spørgsmål om livets begyndelse og afslutning og hvad det vil sige at være et menneske. Området karakteriseres af en tæt forbindelse mellem biologi, etik og ret, hvor biovidenskaberne og bioteknologiske udviklinger påvirker etiske normer, der igen påvirker retlige normer.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Henrik Zahle: Praktisk retsfilosofi, København, 2005, p. 356.

<sup>2</sup> Se også nærmere om forholdet mellem biologi og ret i kapitel 3.

De bioretlige emnekredse omfatter en lang række retsområder, der kan belyses i forskellige retlige perspektiver. Abort og erstatning for fosterskader er eksempler på retsområder, der historisk set har været reguleret og håndteret retligt, længe før bioretten fandt fodfæste som en selvstændig disciplin. Frem for at behandle disse retsområder i deres klassiske kontekster, dvs. abort i en straffe- eller sundhedsretlig ramme og erstatning for fosterskader i en klassisk erstatnings- og sundhedsretlig ramme, vil jeg i dette afsnit forsøge at pege på, hvilke sammenhænge og opmærksomhedsfelter der følger af det bioretlige perspektivvalg.

### 2.1. Fra ret til bioret

Begrebet bioret knytter sig til retsregler og retsfilosofiske overvejelser, der har relation til levende organismer og bioretligt materiale. Biorettens hovedområde er bioteknologien og dens indflydelse på både mennesker, dyr og planter.<sup>3</sup>

Begrebet stammer fra det franske *biodroit*, der i starten af 1990'erne for første gang blev brugt som betegnelse for retlig respons på anvendelse og konsekvenser af biologi og biomedicin.<sup>4</sup>

“Biolaw is a concept that covers all legal judgments concerning bioethical questions, independent of the type of legal system in which these legal decisions are made. Biolaw would therefore be involved in the counselling of authorities by ethical committees, in legislation on bioethical issues, in administrative orders concerning bioethics, and in court decisions about bioethical conflicts and controversies, etc. Finally, biolaw can be considered a philosophy of law that investigates legal issues in bioethics in order to understand better the relationship between ethics and law, and that examines the role of law in the adaptation of human beings to biotechnological possibilities and the limitations they place on technical interventions.”<sup>5</sup>

Bioretten har i forlængelse heraf en nær *emnemæssig* sammenhæng med bioetikken, idet det bioetiske begreb karakteriseres som ”the systematic study of human conduct in the area of the life sciences and health care, inso-

---

<sup>3</sup> Se også Linda Nielsen: *Bioret* i Den Store Danske Encyklopædi.

<sup>4</sup> Peter Kemp: *Bioethics in Law and Biolaw in Ethics* i Peter Kemp, Jacob Dahl Rendtorff & Niels Mattsson Johansen (eds.): *Bioethics and Biolaw*, vol. 1, *Judgement of Life*, Copenhagen, 2000, p. 68-69.

<sup>5</sup> Peter Kemp: *Bioethics in Law and Biolaw in Ethics* i Peter Kemp, Jacob Dahl Rendtorff & Niels Mattsson Johansen (eds.): *Bioethics and Biolaw*, vol. 1, *Judgement of Life*, Copenhagen, 2000, p. 69.

far as this conduct is examined in the light of moral values and principles”.<sup>6</sup> Mens begrebet bioret var en fransk opfindelse, er bioetik oprindeligt en amerikansk betegnelse for et etisk felt, der strækker sig ud over den traditionelle medicinske etik til også at omfatte etiske spørgsmål i forhold til sundhed og teknologi både inden for og uden for det humane område.<sup>7</sup> I dag opfattes begrebet bioetik formentlig ikke kun som et fagfilosofisk domæne men også som en tværvidenskabelig platform, hvor life science, bioteknologi, filosofi, jura, politik, lægevidenskab og teologi mødes.<sup>8</sup>

På samme måde må bioretten også betegnes som tværjuridisk, idet det bioretlige perspektiv går på tværs af traditionelle juridiske faggrænser. Den retlige håndtering af bioetiske spørgsmål er således den systematiserende faktor i den bioretlige optik.

Bioetiske spørgsmål kan i høj grad karakteriseres som internationale, fordi udviklingen i biomedicinsk videnskab og sundhedspleje knytter sig til udviklinger i alle industrialiserede samfund og potentielt kan have konsekvenser for menneskeheden som sådan.

”Never before has the erudition in the form of scientific knowledge been so international. Networks, based on economic considerations, are increasingly connecting the different branches of science and production. In many cases, research is carried out within multi-centred, cross-border networks with researchers able to communicate with one another worldwide.”<sup>9</sup>

Det betyder, at bioretten heller ikke udelukkende orienterer sig mod det nationale; bioretlige figurer er i vidt omfang udviklet i international ret, ligesom fremmed ret – som følge af sammenfaldet i internationale retskilder og bioetiske problemstillinger – med fordel kan inddrages for at konkretisere det bioretlige argumentationsmateriale.

---

<sup>6</sup> Warren T. Reich: *Encyclopedia of Bioethics*, Washington, 1978 her gengivet fra Peter Kemp: *Bioethics in Law and Biolaw in Ethics* i Peter Kemp, Jacob Dahl Rendtorff & Niels Mattsson Johansen (eds.): *Bioethics and Biolaw*, vol. 1, *Judgement of Life*, Copenhagen, 2000, p. 67.

<sup>7</sup> Peter Kemp: *Bioethics in Law and Biolaw in Ethics* i Peter Kemp, Jacob Dahl Rendtorff & Niels Mattsson Johansen (eds.): *Bioethics and Biolaw*, vol. 1, *Judgement of Life*, Copenhagen, 2000, p. 67-68.

<sup>8</sup> Jf. eksempelvis Unesco’s *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights* 2005, art. 18 og 19.

<sup>9</sup> Ludger Honnefelder: *Science, Law and Ethics* i J.K.M. Gevers, E.H. Hondius & J.H. Hubben (eds.): *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention*, Leiden, 2005, p. 13-22 (15).

## Kapitel 2

I hvilket omfang bioretten derudover spiller sammen med andre videnskaber i den forstand, at samspillet har en *retlig* betydning, vil jeg drøfte nærmere nedenfor samt i kapitel 3.

### 2.2. De retlige grundprincipper

At bioretten ikke blot har en nær *emnemæssig* sammenhæng, men muligvis også en *materiel* sammenhæng med bioetikken, reflekteres bl.a. i de retlige grundprincipper, der opererer inden for bioretten.

Disse grundprincipper afspejler de værdier, der udgør retsvidenskabens grundnorm.<sup>10</sup> De retlige grundprincipper knytter sig altså til en bredere værdiplatform for *hele* retten, hvilket også viser sig i, at de retlige grundprincipper, der opererer inden for bioretten, er nært beslægtede med de grundværdier, der opererer inden for fx sundheds- og socialretten.<sup>11</sup> Kirsten Ketscher anfører, at grundværdierne er forudsatte i alle retskilder, retsanvendelse og fortolkning. De bliver således synliggjort, men skabes ikke gennem de positive retskilder.<sup>12</sup>

Grundprincipperne kommer bl.a. eksplicit til udtryk i formålsbestemmelser og præambler, men vil også fremgå implicit af materielle bestemmelser, idet de grundlæggende rettigheder eksisterer forudsætningsvist. Inden for bioretten vil grundprincipperne således særligt være at finde i det generelle menneskerettighedskatalog, Bioetikkonventionen, EU-retsakter og i sundhedsloven, komitéloven og befrugtningsloven. På det bioretlige område kan grundprincipperne formuleres som beskyttelse af principperne om *autonomi, værdighed, integritet, ikke-skade og lighed*.<sup>13</sup>

Biorettens grundnorm knytter an til bioetiske grundnormer. Som jeg vil komme nærmere ind på i kapitel 3 er de spørgsmål, jeg interesserer mig for i denne afhandling langt fra entydigt afklaret i den etiske teori. De amerikanske bioetikere Tom Beauchamp og James Childress har dog i den indflydelsesrige bog *Principles of Biomedical Ethics*<sup>14</sup> udformet fire fundamentale etiske principper, der baserer sig på en lang række forskellige etiske teorier. Disse bioetiske grundprincipper kan således siges at repræsentere en syntese af grundlæggende moralske normer inden for forskellige moralfilosofiske

---

<sup>10</sup> Grundnormen kan formuleres som værdighed, frihed, lighed og fællesskab mellem mennesker, jf. Kirsten Ketscher: *Socialret*, 3. udgave, København, 2008, kapitel 5.

<sup>11</sup> Se Kirsten Ketscher: *Socialret*, 3. udgave, København, 2008 og Mette Hartlev: *Fortrolighed i sundhedsretten – et patientretligt perspektiv*, København, 2005.

<sup>12</sup> Se Kirsten Ketscher: *Socialret*, 3. udgave, København, 2008, kapitel 5.

<sup>13</sup> Identificeringen af de bioretlige principper vil jeg vende tilbage til i afsnit 3 nedenfor.

<sup>14</sup> Tom Beauchamp & James Childress: *Principles of Biomedical Ethics*, New York, 2001.

skoler.<sup>15</sup> Grundprincipperne formuleres som *respect for autonomy, nonmaleficence, beneficence* og *justice*. Umiddelbart ses altså en tæt sammenhæng mellem de bioretlige og bioetiske grundprincipper. Det kunne tyde på, at de grundprincipper, der opererer inden for henholdsvis bioretten og bioetikken (idet de i nogen grad er overlappende), måske trækker på samme eller sammenfaldende grundnormer. I den forstand bliver det relevant at overveje, om etiske normer kan spille en rolle for retlige normer og retlig argumentation. Dette aspekt vil jeg berøre nærmere i kapitel 3.

### **2.3. Retlig fortolkning**

Som nævnt ovenfor eksisterer der en grundnorm, der er forudsat i alle retskilder, retsanvendelse og fortolkning. Grundnormen, som ligger nedfældet i retten, udgør på denne måde en fortolkningsramme og et evalueringsgrundlag for gældende ret.

Denne opfattelse af retten kan efter min opfattelse knyttes til Ronald Dworkins retsteori, hvor retssystemet ikke kun består af regler, men hvor principper også udgør en helt afgørende del af retssystemet.<sup>16</sup> Retten kan i forlængelse heraf opfattes som en ”kæde-roman”,<sup>17</sup> hvor der ikke eksisterer retstomme rum når et forhold ikke er dækket af nogen regel. Her må retsanvenderen løse det foreliggende problem ved hjælp af principper, grundlæggende værdier, retlige og moralske standarder, tænkemåder og typer af argumentation. Den retlige løsning på det foreliggende problem ligger på denne måde allerede nedfældet i retten og skal blot afdækkes eller findes af retsanvenderen. Der er således ikke tale om, at retsanvenderen opfinder en ny regel, der kan løse forholdet, men snarere finder den rigtige eller retfærdige løsning ved at grave et spadestik dybere ned i retten. Når retten skal findes, sker det således efter et *integritetsprincip*, hvilket medfører, at afgørelsen ”is structured by a coherent set of principles about justice, fairness and procedural due process”.<sup>18</sup> Ret som integritet er således ”constructive: it aims, in the interpretative spirit, to lay principles over practice to show the best route to a better future, keeping the right faith with the past”.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> Se Mette Hartlev: Fortrolighed i sundhedsretten – et patientretligt perspektiv, København, 2005, p. 63.

<sup>16</sup> Se også nærmere Jens Evald og Sten Schaumburg-Müller: Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære, København, 2004, p. 140-154 og Helle Krunke: Den Udenrigspolitiske Kompetence, København, 2003, p. 69-77.

<sup>17</sup> Ronald Dworkin: Law’s Empire, Cambridge, 1986, p. 228-232.

<sup>18</sup> Ronald Dworkin: Law’s Empire, Cambridge, 1986, p. 243.

<sup>19</sup> Ronald Dworkin: Law’s Empire, Cambridge, 1986, p. 413.



I den proces, som Dworkin beskriver, vil forskellige værdier og principper kunne pege i retning af forskellige retlige løsninger. Det afgørende for at udfinde gældende ret bliver derfor at identificere den argumentative overbevisningskraft, som kildematerialet kan mobilisere.<sup>20</sup> Med dette metodiske udgangspunkt er det ikke relevant at placere det retlige materiale i en hierarkisk orden, idet den argumentative opfattelse af retsvidenskaben forskyder fokus fra det formelle til det materielle. Retskildegrundlaget bliver derved bredere, ligesom ikke-nationale retskilder får en større betydning.<sup>21</sup> Dette betyder dog ikke, at vurderingen bliver subjektiv eller vilkårlig, men derimod at de retlige argumenter ikke på forhånd har en særlig tyngde i kraft af en på forhånd defineret placering i et retligt system.<sup>22</sup> De retlige argumenter må derimod vurderes på baggrund af deres indhold, forhold til grundnorm og grundværdier, samt i hvor høj grad argumentet finder anerkendelse inden for det juridiske kommunikative fællesskab.<sup>23 24</sup>

### 2.4. Kvinderetten i bioretten

Et væsentligt felt inden for den humane del af bioretten er de spørgsmål, der knytter sig til det reproduktive område. Det indebærer, at denne del af den bioretlige regulering får en særlig betydning for kvinden på grund af hendes biologiske rolle i den reproduktive proces.

---

<sup>20</sup> Kirsten Ketscher: *Mod en argumentativ ret* i Jussens venner, hefte 5-6, Oslo, 2000, p. 272-287 og Mette Hartlev: Fortrolighed i sundhedsretten – et patientretligt perspektiv, København, 2005, p. 262.

<sup>21</sup> Kirsten Ketscher: *Mod en argumentativ ret* i Jussens venner, hefte 5-6, Oslo, 2000, p. 272-287.

<sup>22</sup> Stine Jørgensen: Etniske minoritetskvinders sociale rettigheder – Arbejdsmarked, seksualitet og uddannelse, København, 2007, p. 35.

<sup>23</sup> Se Jan Fridtjof Bernt og David Doublet: Juss, samfunn og rettsanvendelse, Oslo, 1996, kapitel 4 og Kirsten Ketscher: *Mod en argumentativ ret* i Jussens venner, hefte 5-6, Oslo, 2000, p. 272-287 (284).

<sup>24</sup> Asbjørn Kjønsstad er i *Et verk om 'Fortrolighed i sundhedsretten' og moralfilosofi i rettsvitenskapen* i Retfærd 118 nr. 3/2007 p. 69-82 kritisk over for den argumentative metode og den selektionsmekanisme, som ligger i den argumentative tilgang; den er i sin natur konserverende og vil vanskeligt kunne give plads for ny videnskabelig erkendelse. Efter min opfattelse kan selektionsmekanismen, som nævnt, knyttes til det Ronald Dworkin kalder et integritetsprincip. Det betyder, at den retlige fortolkning er forankret i et dybereliggende sæt principper. Den retlige fortolkning bliver konserverende i den forstand, at retten kan opfattes som en "kæde-roman", hvor der bygges videre på et eksisterende værdimæssigt fundament, men også nyskabende i den forstand, at de retlige værdier sættes i nutidig kontekst. EMD's fortolkningsstil er et eksempel på, hvordan traditionelle retlige værdier og figurer bruges offensivt og dynamisk ved at blive sat i en samtidig kontekst. Se også nærmere Kirsten Ketscher: *Socialret*, 3. udgave, København, 2008, p. 132-133.

Kvinderetten har traditionelt interesseret sig for adskillige bioretlige spørgsmål, eksempelvis fødselsretten, dvs. spørgsmål knyttet til fødsel, dødfødsel og abort. En særlig strømning, udsprunget fra kvindeforskningen, har således også vist sig i såvel bioretlig som bioetisk litteratur i forbindelse med nye teknologiske og reproduktionsrelaterede muligheder.<sup>25</sup>

Det bioretlige perspektiv trækker i sig selv på en kvinderetlig tradition ved at lægge et systematisk tværsnit gennem eksisterende regler og retlige discipliner for at se nye sammenhænge.<sup>26</sup>

Som jeg vil vende tilbage til nedenfor og i kapitel 3, udspiller kategoriseringen af fostre og befrugtede æg sig i et retligt landskab, hvor der optræder en række aktører, hvis rettigheder kan være medbestemmende for, hvilken status fosteret og embryoet har. Den retlige beskyttelse af fosteret og det befrugtede æg kan således både udfoldes gennem kvinden eller udspille sig i en konkurrence eller et sammenstød med kvindens rettigheder. Et kvinderetligt fokus er derfor uomgængeligt i forbindelse med emnefeltet reproduktion.

## **2.5. Forholdet mellem bioret, videnskab og teknologi**

Som nævnt ovenfor betegner bioretten både retsregler og retsfilosofiske men også bredere samfundsvidenskabelige overvejelser i forhold til bioetiske problemfelter. Det betyder, at jeg i afhandlingens analyser ikke *kun* vil foretage en traditionel retsdogmatisk analyse forstået som en undersøgelse af de lovgivningsmæssige rammer for livets begyndelse for at udfinde gældende ret. Tværtimod vil analysen *også* i det afsluttende kapitel blive brugt til at klargøre og systematisere, hvordan retten håndterer kategoriseringen af fosteret og derigennem bidrage til mere grundlæggende overvejelser om, hvordan man kan håndtere grænsesubjekter, der overskrider kendte retlige kategorier. Det er således hensigten at bruge det bioretlige perspektivs fokus på, hvordan biologi og videnskab bidrager til at definere og rekategorisere retlige begreber og regulering, til at udfordre og bryde rammerne for det klassiske personretlige begrebsapparat.

Tilgangen til dette arbejde henter inspiration i forskningsfeltet *Science and Technology Studies (STS)* og den måde, Mette Hartlev har anvendt inspira-

---

<sup>25</sup> Se fx Donna Dickenson: *Property in the Body – Feminist Perspectives*, Cambridge, 2007, Anne Donchin & Laura M. Purdy (eds.): *Embodying Bioethics – Recent Feminist Advances*, Lanham, 1999 og Rosemarie Tong: *Feminist Approaches to Bioethics* i Susan M. Wolf (ed.): *Feminism & Bioethics*, New York, 1996.

<sup>26</sup> Sml. Tove Stang Dahl (red.): *Kvinnerett I*, Oslo, 1985, p. 29.

## Kapitel 2

tion fra STS-feltet til at analysere tilblivelsen af de retlige rammer for stamcelleforskning.<sup>27</sup>

STS er et samfundsvidenskabeligt/humanistisk forskningsfelt, der bl.a. studerer forholdet mellem ret, videnskab og teknologi, og hvordan disse felter interagerer og er med til at konstruere hinanden. STS-feltet opfatter ret, videnskab og teknologi som sociale konstruktioner, der gennem en dekonstruktion kan undersøges og forklares.

Min inspiration fra STS-feltet trækker navnlig på de spørgsmål, som STS stiller til sit forskningsmateriale i dekonstruktionsprocessen, og på STS-feltets opmærksomhed på dynamikker mellem videnskab, teknologi og ret. Sammensætningen af ordene *bio* (-logi/-medicin/-teknologi) og *ret* betegner således efter min opfattelse af det bioretlige perspektiv ikke blot retlig respons på udvikling i biovidenskaberne; ved at trække STS inspirationen ind i det bioretlige perspektiv bliver et opmærksomhedsfelt således også spørgsmålet om, og i givet fald hvordan videnskab og teknologi medvirker til at *forme* retten, herunder i hvilket omfang *biologi*/-medicin har en konstituerende rolle for *retten*.

Mette Hartlev anfører, at det interaktive syn på forholdet mellem ret, videnskab og teknologi adskiller sig fra en mere traditionel juridisk forståelse, hvor retten på den ene side og teknologi og videnskab på den anden side anses for at befinde sig i forskellige sfærer. Videnskaben og teknologien repræsenterer det objektive og sandfærdige, mens retten repræsenterer det retfærdige og normative. Distinktionen har betydning for den traditionelle sondring i juridisk analyse mellem faktum og jus, hvor en juridisk afgørelse først kræver en klarlægning af faktum (det objektive), for at den rigtige (retfærdige) afgørelse kan træffes.<sup>28</sup>

Dette skal ses i sammenhæng med, at det, som anført af Sheila Jasanoff, i STS-perspektivet ikke bare er vigtigt at få afdækket faktum ("*getting the facts right*"), men også at gøre teknologi og videnskab transparent ("*making transparent the values, biases, and social assumptions that are embedded in many expert claims about physical and natural phenomena*"), også for så vidt angår "*the judiciary's own biases concerning science and technolo-*

---

<sup>27</sup> Mette Hartlev: *Legitimering af stamcelleforskning – samspil mellem lovgivning og teknologi* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, København, 2007, p. 45-66. Denne antologi introducerer STS-feltet i Danmark.

<sup>28</sup> Mette Hartlev: *Legitimering af stamcelleforskning – samspil mellem lovgivning og teknologi* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, København, 2007, p. 45-66 (46).

gy”.<sup>29</sup> Et andet aspekt af denne opmærksomhed på rettens forestillinger om videnskaben er dels at undersøge, hvordan retten formidler de etiske og sociale dilemmaer, der kan opstå som følge af teknologiske forandringer, herunder eksempelvis *”how legal fact-finders think about scientific uncertainty and controversy”*,<sup>30</sup> og hvordan konkrete teknologiske og videnskabelige udviklinger placeres inden for retlige figurer og begreber og om denne placering er hensigtsmæssig.

I forlængelse af inspirationen fra STS-feltet bliver et fokus, om kategoriseringer i videnskaben har en betydning for retlige kategoriseringer, og hvordan retten håndterer de etiske problemstillinger, der følger af udviklingen i videnskab og teknologi. Det kan både være, hvordan udviklingen placeres i forhold til kendte retlige figurer, men også hvilken lovgivningsstrategi der er anvendt.

Et eksempel på samspillet mellem ret, videnskab og teknologi kan ses i den retlige udvikling af dødsbegrebet, som jeg var inde på i kapitel 1. Da den første nyretransplantation blev foretaget i Danmark i 1964, fremgik det af den daværende lovgivning, at den døde ikke måtte flyttes fra sengen før seks timer efter dødens indtræden. Da en nyre kun er anvendelig til transplantation, hvis den udtages, umiddelbart efter at hjertet er ophørt med at slå og blodcirkulationen dermed standser, kunne denne bestemmelse være en hindring for gennemførelsen af transplantationer. På trods af den retlige uklarhed var lægerne begyndt at foretage transplantationer, og efter at spørgsmålet havde været drøftet i Folketinget, blev der nedsat et udvalg, som skulle overveje behovet for lovregulering, så de involverede læger ikke skulle belastes af at bevæge sig på lovens grænse.<sup>31</sup> I betænkningen afviste udvalget, at der var behov for regulering af dødskriteriet. Det var hverken hensigtsmæssigt eller nødvendigt, da spørgsmålet om, hvorvidt døden er indtrådt, blev set som ”et spørgsmål om et biologisk faktum, der ikke i sig selv kan bestemmes af en lovregel, endsi­ge ved administrative forskrifter, men må fastlægges på den måde, som til enhver tid lægevidenskabeligt al-

---

<sup>29</sup> Sheila Jasanoff: *Science at the Bar – Law, Science and Technology in America*, Cambridge, 1995, p. 20. For en interessant undersøgelse af forholdet mellem videnskab og ret, se Turf Böcker Jakobsen: *Hvem ved, hvornår ryggen begyndte at værke? Professionspluralisme i det sociale klagesystem* i *Retfærd* 118 nr. 3/2007, p. 40-56.

<sup>30</sup> Sheila Jasanoff: *Science at the Bar – Law, Science and Technology in America*, Cambridge, 1995, p. 21.

<sup>31</sup> Mette Hartlev: *Hvem styrer hvem? Om lovgivning og teknologi* i Kasper Lippert-Rasmussen (red.): *Der må da være en grænse! Om holdninger til ny teknologi*, København, 2003, p. 91-118 (97-101).

ment anerkendes”.<sup>32</sup> I forlængelse af udvalgets betænkning blev sekstimers-reglen ophævet med henblik på at skabe større retssikkerhed for de involverede læger. Siden blev hjernedøds-kriteriet et almindeligt kendt begreb, og dette nye døds-kriterium blev et centralt tema i forbindelse med ændringen af transplantationsloven i 1990. Man fandt det således ikke længere rigtigt, at et så væsentligt spørgsmål skulle afgøres efter almindeligt anerkendte principper for lægers handlemåde, idet det snarere krævede afklaring i lovgivningen.<sup>33</sup> Herved gjorde man det klart, at de lægefaglige kriterier for hjernedøden, som nu var optaget i loven, ikke kunne ændres uden Folketingets medvirken og accept. Ved at regulere spørgsmålet om, hvornår døden indtræder og den afdødes organer kan doneres til brug for transplantation, formidlede lovgiver herved den ny teknologi og dens konsekvenser som noget, befolkningen kunne have tillid til.<sup>34</sup>

Som et andet eksempel på samspillet mellem ret, videnskab og teknologi kan man pege på den betydning, udviklingen i teknologi har haft for den retlige opfattelse af faderskabsbegrebet. I UfR 1968.900/2V fandtes der således ikke grundlag for at tilsidesætte *pater est* reglen på trods af, at blodtype- og antropologisk undersøgelse talte for en anden udpeget mands faderskab frem for ægtemanden med en vægt på 95 % mod 5 %. I UfR 2002.2619H var to sønner født i ægteskab i henholdsvis 1956 og 1957. Forældrene blev separeret i 1965 og skilt i 1972. Siden 1963 og frem til sin død var moderen samboende med en ny samlever. Ved samleverens død påstod de to sønner dødsboet forpligtet til at anerkende dem som arvinger i boet, ligesom de rejste faderskabssag med henblik på at fastslå samleverens faderskab. Der blev givet tilladelse til udtagelse af vævsprøve på den afdøde og begravede samlever med henblik på at fastslå faderskabet. Disse sager afspejler en forskydning fra en retlig betoning af det sociale faderskab mod en retlig betoning af det genetiske faderskab. At det genetiske faderskab har opnået en central plads, er ikke resultatet af en lovgivningsmæssig stillingtagen, men snarere af de teknologiske udviklinger. Forskydningerne er således primært opstået i en bevisretlig kontekst, men har også påvirket den materielle opfattelse af faderskabet. Som jeg vil vende tilbage til i kapitel 3, er der således, som følge af udviklingen i fertilitetsbehandling, indføjet en udtrykkelig (undtagelses-)betoning i børneloven af det sociale faderskab ved insemination og in vitro befrugtning med donorsæd.

---

<sup>32</sup> Betænkning nr. 454/1967 vedrørende lovgivning om transplantation, p. 22.

<sup>33</sup> Folketingets Forhandlinger 1989-90, tillæg A, spalte 3797.

<sup>34</sup> Mette Hartlev: *Hvem styrer hvem? Om lovgivning og teknologi* i Kasper Lippert-Rasmussen (red.): *Der må da være en grænse! Om holdninger til ny teknologi*, København, 2003, p. 91-118 (98-101).

## **2.6. De bioretlige lovgivningsstrategier**

Lovgiver har flere forskellige lovgivningsstrategier<sup>35</sup> til sin rådighed, som hver især afspejler lovgivers syn på videnskabelige og teknologiske udviklinger.

Regulering kan således have forskellige funktioner: som normsætter, der fastsætter bestemte værdier og interesser som beskyttelsesværdige, eller som beskytter, hvor værdierne afvejes over for andre interesser, fx for at beskytte svage grupper.<sup>36 37</sup> Særligt gælder det for den bioteknologiske udvikling, at den, som Mette Hartlev anfører: ”er karakteriseret af en høj grad af usikkerhed og kompleksitet både for så vidt angår teknologiens potentiale, dens mulige farer og risici og de konsekvenser den kan have for samfundet og dets grundlæggende værdier. Denne usikkerhed og kompleksitet manifesterer sig i forbindelse med overvejelser om, hvorvidt der er behov for særlig regulering af nye teknologier, og den kommer også til udtryk i reguleringsform og indhold. Hvis man ikke har fuldt overblik over mulige farer og risici, kan man fx ud fra et forsigtighedsprincip<sup>38</sup> beslutte sig for at fastlægge en række forbud og restriktioner i lovgivningen. En anden mulighed er at lade lovgivningen opstille nogle rammer som senere må udfyldes når der er større klarhed over teknologiens fordele og ulemper”.<sup>39</sup>

Ved at regulere en udvikling i fx en forbudsmodel eller en fleksibel betingelses- eller tilladelsesmodel er lovgiver således med til at formidle og kategorisere udviklingen som henholdsvis farlig eller ønskværdig, hvorfor en opmærksomhed på lovgivningsstrategier også vil kunne bidrage til at afdække rettens forestillinger om biologi og videnskab og den betydning, disse forestillinger har for den retlige kategorisering af grænsesubjekter.

---

<sup>35</sup> Om de lovgivningsmodeller, der anvendes til at regulere bioteknologiske udviklinger se Lis Frost: *Retlig regulering af bioteknologi – nogle eksempler* i Karsten Klint-Jensen og Svend Andersen (red.): *Bioetik*, København, 1999, p. 327-343.

<sup>36</sup> Linda Nielsen: *De gennemsigtige gener* i Kirsten Ketscher, Jytte Lindgård & Ruth Nielsen: *Den sociale dimension i kvinderetligt perspektiv*, København, 1995, p. 195-214.

<sup>37</sup> Se også nærmere Peter Blume: *Rettens veje og vildveje*, København, 2007, kapitel 3.

<sup>38</sup> Forsigtighedsprincippet er i øvrigt en figur, der går igen inden for adskillige retsområder, hvor der er en risiko for, at en teknologi eller udvikling kan have implikationer for natur og mennesker, eksempelvis miljøretten og fødevareretten.

<sup>39</sup> Mette Hartlev: *Mellem principper og pragmatisme – om regulering af bioteknologi i Danmark* i Ulf Görman, Carl-Gustaf Andrén & Göran Hermerén (red.): *Att forma vår framtid*, Lund, 2007, p. 165-178 (166).

### 3. Retskilderne

#### 3.1. Indledning

Biorettens retskilder adskiller sig ikke fra velkendte retskilder. I afhandlingen inddrager jeg således folkeretlige konventioner, deklARATIONER og re-kommendationer, dansk og fællesskabsretlig lovgivning samt praksis fra såvel domstole som administrative myndigheder og øvrigt retligt relevant materiale. De bioretlige retskilder er dog ofte blevet til i en proces, der kan adskille sig noget fra andre retsområder. På det bioretlige område er der således både nationalt og internationalt oprettet råd og organer, som har kompetence til at overveje, rådgive om og initiere regulering af bioetiske spørgsmål. Samspillet mellem etik og ret, som jeg vil vende tilbage til i kapitel 3, har således en særlig formaliseret rolle på dette område.

Det bioretlige perspektiv, som jeg har redegjort for min definition af ovenfor, har som nævnt dels betydning for de opmærksomhedsfelter og spørgsmål, jeg stiller til forskningsmaterialet, dels betydning for analysen, som går på tværs af traditionelle juridiske discipliner og inddrager fremmed og international ret som led i at afdække og konkretisere den argumentative ramme.

I dette afsnit vil jeg knytte nogle bemærkninger til de retskilder, jeg især inddrager i fortolkningen; menneskerettens argumentative vægt, Europarådets bioretlige konvention (Bioetikkonventionen), EU-retten og den administrative praksis, jeg inddrager i afhandlingens analyser. Derudover vil jeg redegøre for inddragelsen af fremmed ret.

#### 3.2. Menneskeretten

Som nævnt i afsnit 2.1 er bioretten karakteriseret ved at angå retlig regulering af bioetiske problemstillinger, som er internationale, og som indeholder retlige figurer, der i høj grad er udviklet i international ret. Menneskeretten er en vigtig retskilde, fordi man i menneskeretten har været særlig opmærksom på at indkredse og formulere de bioretlige grundprincipper. De grundprincipper, der opererer inden for bioretten, fremgår derfor undertiden klarere af den menneskeretlige regulering end af national lovgivning.

##### 3.2.1. Argumentativ vægt

De menneskeretlige normer kommer til udtryk i forskellige menneskeretlige systemer og instrumenter. Instrumenterne kan bestå af konventioner, deklARATIONER og re-kommendationer, og det er omdiskuteret, hvordan disse instrumenters retlige karakter skal opfattes. Det kan have en betydning, om eller hvordan en konvention er inkorporeret i national ret, om der er tale om en hard law- eller soft law retskilde og om den enkelte borger har adgang til

at indbringe en klage for en domstol eller et fortolkende organ. Instrumenterne udspringer også fra forskellige systemer, eksempelvis FN-systemet eller Europarådet. De menneskeretlige normer kan dog også anskues på en måde, hvor det ikke er afgørende, i hvilket system eller instrument en bestemt norm kommer til udtryk. De kan anskues som ligeartede, fordi de argumentativt supplerer indholdet af hinanden. At der er et sådant samspil mellem de menneskeretlige værdier, kan man bl.a. se et eksempel på i sagen *Evans v. UK*.<sup>40</sup> Her hentede EMD argumenter, ikke bare fra en anden Europarådskonvention, som Storbritannien *ikke* havde underskrevet (Bioetikkonventionen), men også fra Unesco's Universal Declaration on Bioethics and Human Rights (Bioetikdeklarationen), ligesom man forholdt sig til en række sager fra amerikansk og israelsk domspraksis.<sup>41</sup> I sagen *DH & others v. Czech Republic*<sup>42</sup> blev der ligeledes inddraget argumenter fra bl.a. Europarådets rekkommendationer, en rapport fra Menneskerettighedskommisæren, EU-retten og fremmed ret.<sup>43</sup> Denne tilgang afspejler, at menneskerettighederne i særlig høj grad knytter sig til grundlæggende værdier og som følge heraf har en særlig (tung) argumentativ overbevisningskraft. Ved i fortolkningen at tage udgangspunkt i værdier bliver retskildeanvendelsen således bredere end i den traditionelle retskildelære.<sup>44</sup>

I afhandlingens analyser benytter jeg en vifte af forskellige menneskeretlige instrumenter. Jeg vil dog i denne sammenhæng særligt knytte nogle bemærkninger til Europarådets konvention af 4. april 1997 om beskyttelse af menneskerettigheder og menneskelig værdighed i forbindelse med anvendelse af biologi og lægevidenskab: Konvention om menneskerettigheder og biomedicin (herefter Bioetikkonventionen).<sup>45</sup>

### *3.2.2. Bioetikkonventionen*

Arbejdet med at udarbejde en konvention om beskyttelse af mennesker i relation til udviklingen i de biomedicinske videnskaber blev skudt i gang i 1991, hvor Europarådets ad hoc Committee of Experts on Bioethics (i dag Steering Committee on Bioethics) fik til opgave at igangsætte en sådan

---

<sup>40</sup> *Evans v. UK*, application no. 6339/05 af 10. april 2007. Sagen omtales nærmere i kapitel 5.

<sup>41</sup> Jf. pr. 31-42. Selvom Storbritannien ikke blev dømt i sagen illustrerer den, at figurer i international og fremmed ret blev brugt som argumentationspartner.

<sup>42</sup> *DH & others v. Czech Republic*, application no. 57325/00 af 13. november 2007.

<sup>43</sup> Se også *Dickson v. UK*, application no. 44362/04 af 4. december 2007, pr. 28-36.

<sup>44</sup> Kirsten Ketscher: *Mod en argumentativ ret*, Jussens venner, hefte 5-6, Universitetsforlaget, Oslo, 2000, p. 272-287 (277).

<sup>45</sup> Forkortelsen Bioetikkonventionen blev oprindeligt brugt i 1994-udkastet til konventionen, men blev forladt i den endelige konventionstekst. Forkortelsen fastholdes dog her i overensstemmelse med, hvordan konventionen traditionelt omtales i dansk retsvidenskab.



## Kapitel 2

konvention.<sup>46</sup> Indtil da havde bioretlige spørgsmål været adresseret i forskellige rekommendationer,<sup>47</sup> og selvom de bioretlige spørgsmål også var og er omfattede af EMRK, havde der dog været eksempler på, at disse spørgsmål ikke altid blev opfanget på en tilstrækkelig omfattende måde.<sup>48</sup> Det første udkast til konventionen forelå i 1994, og efter offentlig høring og forelæggelse for Europarådets Parliamentary Assembly blev den endelige version godkendt af Ministerkomitéen den 19. november 1996 og åbnet for tiltrædelse fra medlemslandene den 4. april 1997.

Bioetikkonventionen blev ratificeret ved folketingsbeslutning den 11. maj 1999<sup>49</sup> og er således ikke formelt en del af dansk ret på samme måde som fx EMRK.<sup>50</sup> Det fremgår dog af bemærkningerne til folketingsbeslutningen,<sup>51</sup> at dansk ratifikation af konventionen indebærer en forpligtelse til at indrette dansk lovgivning og administrativ praksis efter konventionens bestemmelser, således at der i den faktiske retsanvendelse ikke handles i strid med konventionens bestemmelser. I tvivlstilfælde skal danske regler fortolkes på en måde, der bedst bringer dem i overensstemmelse med konventionen. Mens det blev anført, at dansk ret hovedsageligt var i overensstemmelse med konventionen, tog Danmark dog forbehold for artikel 10 og 20.2.2 (vedrørende undtagelse af helbredsoplysninger fra den registreredes ret til registerindsigt og donation af regenererbart væv fra børn til forældre). Selvom dansk ret efter de afgivne forbehold er i overensstemmelse med konventionen, mangler der ifølge traditionel teori stadig en formel inkorporering af konventionen.<sup>52</sup>

---

<sup>46</sup> Jf. Resolution no. 3 on bioethics, se nærmere konventionens Explanatory Report pkt. 4-6.

<sup>47</sup> Eksempelvis recommendation R(90)13 on prenatal genetic screening, prenatal genetic diagnostics and associated genetic counselling af 21. juni 1990 og recommendation R(90)3 concerning medical research on human beings af 6. februar 1990.

<sup>48</sup> I sagen X v. Austria, application no. 8278/78, decision on the admissibility, 13. december 1979, blev tvangsmæssig afgivelse af blodprøve godt nok anset for at være et indgreb i retten til privatliv, men en klar formulering af princippet om informeret samtykke savnes.

<sup>49</sup> Folketingets samling 1998-99, B-5 om Danmarks ratifikation af Europarådets konvention af 4. april 1997 om beskyttelse af menneskerettigheder og menneskelig værdighed i forbindelse med anvendelse af biologi og lægevidenskab: Konvention om menneskerettigheder og biomedicin.

<sup>50</sup> Inkorporeret ved lov nr. 285 af 24/09/1992 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

<sup>51</sup> Se <[www.ft.dk/Samling/19981/beslutningsforslag\\_som\\_fremsat/B5.htm](http://www.ft.dk/Samling/19981/beslutningsforslag_som_fremsat/B5.htm)>

<sup>52</sup> Spørgsmålet om inkorporering af Bioetikkonventionen blev i øvrigt ikke overvejet i Betænkning 1407/2001 om inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret. Den traditionelle opfattelse af, at folkeretten ikke umiddelbart er en del af dansk ret, er i øvrigt blevet udfordret i både den forfatnings- og folkeretlige litteratur, se nærmere Jonas Christoffersen: *Folkerettens virkning i dansk ret* i UfR 2001B.143-148.

Kirsten Ketscher anfører, at den nationalt baserede lovpositivisme, via medlemskab af EU, tilslutning til EMRK og andre konventioner med internationale overvågningsorganer, tenderer mod at få mindre betydning:

”Retten denationaliseres, dvs. at nationale fora ikke i samme ubestridte omfang fungerer som retsproducenter. Ikke nationale fora overtager i stigende grad disse funktioner. Den danske stat får mindre indflydelse på, hvilke retskilder og hvilken retspraksis, der vandrer ind over grænserne. Udtrykket internationalisering kan ikke anvendes på denne bevægelse, idet dette fokuserer på forholdet mellem stater. Det adresserer en traditionel folkeretlig forståelse, hvor ikke nationale retskilder drejer sig om forholdet mellem stater, mens forholdet til borgerne er et nationalt anliggende. Der forudsættes i dette koncept en effektiv grænsekontrol med internationale retskilder, som i realiteten i vidt omfang ikke mere eksisterer. Dette indebærer, at de nationale og ikke-nationale retskilder står side om side, og skal reflekteres og omsættes i en integreret retsanvendelse.”<sup>53</sup>

Den traditionelle dualistiske teori udfordres således i stadig højere grad af en opfattelse, hvorefter de internationale retskilder, der er indgået af den danske stat og ratificeret af Folketinget, også kan og skal anvendes i den nationale retsanvendelse. Den formelle inkorporering kan således kun betyde noget som en tydeliggørelse af regler, der gælder i forvejen i kraft af den danske stats ratifikation. Inkorporeringen kan betyde, at konventionen bliver mere kendt, men som altovervejende hovedregel ikke, at den i retskildemæssig henseende bliver mere værd.<sup>54</sup>

Det fremgår yderligere af konventionens art. 29, at EMD har kompetence til at afgive vejledende udtalelser om fortolkning af konventionen.<sup>55</sup> En krænkelse af Bioetikkonventionen kan ikke i sig selv danne grundlag for en klagesag til EMD, men konventionen kan virke i sammenhæng med EMRK. I denne sammenhæng er det som nævnt ovenfor interessant, at EMD i sagen *Evans v. UK*<sup>56</sup> fortolkede EMRK art. 8 på baggrund af Bioetikkonventionen på trods af, at Storbritannien ikke har underskrevet denne. Konventionen får herved en særegen retskildemæssig værdi, idet samspillet med EMRK kan bevirke, at Bioetikkonventionen ved at danne et udfyldende baggrundstæppe i fortolkningen af EMRK får retligt bindende konsekvenser, også for de lande, der ikke har underskrevet den.

---

<sup>53</sup> Kirsten Ketscher: *Socialret*, 3. udgave, København, 2008, p. 133.

<sup>54</sup> Kirsten Ketscher: *Socialret*, 3. udgave, København, 2008, p. 134.

<sup>55</sup> Bioetikkonventionen har i øvrigt ikke tilknyttet en konventionsovervågende komité. Europarådets Steering Committee on Bioethics' funktion er således primært knyttet til at tage initiativ til ny regulering inden for det bioetiske felt.

<sup>56</sup> Se nærmere omtale i kapitel 5.

## Kapitel 2

I forbindelse med konventionen er der udarbejdet en *Explanatory Report* af 17. december 1996.<sup>57</sup> Denne udgør ikke en autoritativ fortolkning af konventionen, men ”*covers the main issues of the preparatory work and provides information to clarify the object and purpose of the Convention and to better understand the scope of its provisions*”.

Rapportens punkt 7 anfører, at “*The Convention sets out only the most important principles. Additional standards and more detailed questions should be dealt with in additional protocols. The Convention as a whole will thus provide a common framework for the protection of human rights and human dignity in both longstanding and developing areas concerning the application of biology and medicine*”. Bioetikkonventionen er således i særlig grad et dokument, som de bioretlige grundprincipper kan udledes fra.<sup>58</sup> Som nævnt kan grundprincipperne formuleres som beskyttelse af principperne om *autonomi, værdighed, integritet, ikke-skade og lighed*.

Værdighedsbegrebet<sup>59</sup> har en fremtrædende rolle både i konventionens titel, præambel og formålsbestemmelse. Værdighed fremhæves således sammen med integritet og lighed (ikke-diskrimination), som konventionens grundværdier i art. 1:

*”Parties to this Convention shall protect the dignity and identity of all human beings and guarantee everyone, without discrimination, respect for their integrity and other rights and fundamental freedoms with regard to the application of biology and medicine.”*

Disse grundværdier udmøntes mere fyldestgørende i konventionens øvrige artikler, hvor autonomiprincippets fremtrædende rolle også findes, jf. eksempelvis artikel 5-9.

---

<sup>57</sup> Explanatory Report on the Convention for the protection of Human Rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine.

<sup>58</sup> Selvom Bioetikkonventionen i sit indhold særligt relaterer sig til højteknologiske medicinske indgreb er anvendelsesområdet dog ikke indskrænket til det bioretlige område alene. Flere bestemmelser vil således være relevante for alle grene af lægevidenskaben og for sundheds- og patientretten. Se nærmere Jos Dute: *Principles of the Convention on Human Rights and Biomedicine* i J.K.M. Gevers, E.H. Hondius & J.H. Hubben (eds.): *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention*, Leiden, 2005, p. 3-12 (4) og Mette Hartlev: *Fortrolighed i sundhedsretten – et patientretligt perspektiv*, København, 2005, kapitel 7.

<sup>59</sup> Om værdighedsbegrebet se nærmere Sten Harck og Mette Hartlev: *Retten til værdighed og egen identitet i Retsvidenskabeligt Institut B, Københavns Universitet, Årsskrift: Grundrettigheder*, København, 2000, p. 93-117.

Ikke-skade princippet anskues i konventionen som en grundværdi, der både angår menneskeheden,<sup>60</sup> fremtidige generationer<sup>61</sup> og det enkelte individ.<sup>62</sup> Biologisk videnskab og biomedicinske teknologier skal således anvendes på en måde, der ikke skader individet, og med en sådan forsigtighed, at menneskehedens værdighed og fremtidige generationer ikke udsættes for skade.

I forhold til fostre og befrugtede æg er spørgsmålet dog, i hvor høj grad konventionen og de formulerede grundværdier finder anvendelse. Dette beror i høj grad på en fortolkning af, hvorvidt disse organismer falder inden for begreberne *human being* og *everyone*. Den tilhørende Explanatory Report<sup>63</sup> giver modstridende svar på dette spørgsmål ved på den ene side at fremhæve ”*it was acknowledged that it was a generally accepted principle that human dignity and the identity of the human being had to be respected as soon as life began*” og på den anden side understrege, at begrebet *everyone* ikke er defineret på grund af den manglende konsensus mellem landene, hvorfor definitionen overlades til national ret. Som jeg vil vende tilbage til i de følgende kapitler, har Bioetikkonventionen på trods af denne usikkerhed en betydning for den retlige kategorisering af fosteret og det befrugtede æg.

Denne indledende identificering af de bioretlige grundprincipper, der udgør Bioetikkonventionens fundament<sup>64</sup> danner baggrund for præsentationen af de retlige aktører i kapitel 3 samt analysen i kapitlerne 4-7, hvor principperne i øvrigt indgår mere detaljeret.

### **3.3. EU-retten**

EU-retsakter adresserer bioetiske spørgsmål på en anden måde end menneskeretten. Art. 6 (3) TEU fastslår, at unionen skal respektere medlemsstaternes nationale identitet. Dette fortolker Kommissionen, som jeg vil vende tilbage til i kapitel 7, sådan, at EU ikke har kompetence til at regulere etiske spørgsmål. Medlemsstaterne har således det primære ansvar for at sætte rammerne i form af retlige og etiske grænser for spørgsmål, der knytter sig til livets start, sundhedspleje, reproduktive ydelser, forskning o.lign. Disse grænser kan dog stride mod EU-retten, og i dette sammenstød vil de fællesskabsretlige principper have den tungeste vægt.

---

<sup>60</sup> Jf. præambelens 10. betragtning.

<sup>61</sup> Jf. præambelens 12. betragtning.

<sup>62</sup> Jf. præambelens 17. betragtning.

<sup>63</sup> Explanatory Report, pkt. 18-19.

<sup>64</sup> Om Bioetikkonventionens normative søjler se også Jos Dute: *Principles of the Convention on Human Rights and Biomedicine* i J.K.M. Gevers, E.H. Hondius & J.H. Hubben (eds.): *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention*, Leiden, 2005, p. 3-12.

EU-rettens fundament knytter sig til markedsintegrationsprincippet og de rettigheder og friheder, som unionsborgere, tjenesteydelsesudbydere m.v. har som følge heraf. Ud fra dette perspektiv adresserer EU-retten en række bioretlige spørgsmål. Det betyder, at reguleringen bl.a. har til hensigt at varetage folkesundheden og sikre markedsintegrationen ved at harmonisere beskyttelse for forsøgspersoner, vilkår for producenter o.lign.<sup>65</sup>

EU-retten spiller en forskellig rolle i forhold til den retlige kategorisering af fosteret og det befrugtede æg, idet etik og værdivalg tillægges forskellig vægt i forskellige sammenhænge. Dette vil jeg uddybe nærmere i forbindelse med abort og stamcelleforskning i kapitlerne 4 og 7.

### 3.4. Administrativ praksis

Til brug for afhandlingens analyser har jeg anmodet om aktindsigt i Abortankenævnets praksis og i Arbejdsskadestyrelsens praksis om fosterskader.<sup>66</sup>

Det har desværre ikke været muligt at få tilladelse til aktindsigt i Abortankenævnets sager eller de sager, nævnet løbende modtager fra de regionale samråd som led i deres tilsynsvirksomhed. Anmodningen om aktindsigt i Abortankenævnets sager blev således afslået med henvisning til sagernes særlige personfølsomme natur. Abortspørgsmålet er et område, der er genstand for stor samfundsmæssig interesse og bevågenhed, og det udgør derfor et vigtigt forskningspotentiale at afdække, hvordan snitfladerne mellem de enkelte aktører og de retlige temaer vægtes i praksis. Abortankenævnets årsberetninger, som gengiver mange relevante oplysninger, vil derfor blive inddraget til at belyse praksis.

For så vidt angår Arbejdsskadestyrelsen, er der anmodet om aktindsigt i alle sager om fosterskader fra 1. januar 2001-15. september 2006. I den periode er der afgjort 14 sager. Sagerne er modtaget i anonymiseret form med angivelse af sagsnummer 1-14 og oplysning om, hvornår den enkelte sag er anmeldt og afgjort. For at sagerne ikke skal være identificerbare, refereres der i afhandlingen udelukkende til dette sagsnummer uden nærmere angivelse af, hvornår sagen er anmeldt og afgjort. I den forbindelse skal det nævnes, at en reform på arbejdsskadeområdet trådte i kraft 1. januar 2005. Dette medførte dog ikke ændringer i fortegnelsen over erhvervssygdomme, og af hensyn til at opretholde anonymiseringen er det derfor ikke fundet nødvendigt at skelne mellem sager, der er anmeldt før og efter reformen.

---

<sup>65</sup> Jf. eksemplevis direktiv 2001/20/EF om god klinisk praksis, betragtning 4 og direktiv 98/44/EF om retlig beskyttelse af bioteknologiske opfindelser, betragtning 5.

<sup>66</sup> Om den argumentative vægt af administrativ praksis se nærmere Mette Hartlev: Fortrolighed i sundhedsretten – et patientretligt perspektiv, København, 2005, p. 316-331.

Derudover er der i afhandlingen brugt administrative sager, som enten er offentliggjort elektronisk eller i årsberetninger (fuldstændigt eller i resumé) fra Sundhedsvæsenets Patientklagenævn,<sup>67</sup> Patientforsikringen, Ankestyrelsen og De Videnskabsetiske Komitéer.

### **3.5. Inddragelse af fremmed ret**

”We comparatists are, as a matter of fact, hybrids, mongrels: we are the universal donors of legal studies. We cross boundaries precisely because law crosses boundaries.”<sup>68</sup>

Som nævnt indebærer min opfattelse af det bioretlige perspektiv, at fremmed ret med fordel kan inddrages for at konkretisere det bioretlige argumentationsmateriale. Dette kan begrundes i, at biorettens problemstillinger er grænseoverskridende. Bioretten påvirkes altså af de samme drivkræfter og forandringer. De bioretlige figurer er da også i vid udstrækning blevet udviklet i international ret. Den nationale retsvidenskab vil således altid i større eller mindre omfang bruge internationale figurer som argumentationspartner i en retlig analyse og fortolkning.<sup>69</sup>

Efter min opfattelse giver det således, i hvert fald når man ser på retten gennem den bioretlige optik, i mindre og mindre grad mening at opretholde en skarp sondring mellem de forskellige retsfamilier i Europa. For det første har indflydelsen fra EU- og menneskeretten samme (høje) argumentative vægt, uanset om den nationale retsorden traditionelt karakteriseres som et *common-* eller *civil law* land. Den argumentative tilgangs fokus er på, om der er tale om gode og overbevisende retlige argumenter og er således knyttet til et værdibaseret fundament. Det bio- og sundhedsretlige område hviler i særlig grad på et fælles europæisk/vestligt fundament, selvom de nationale lovgivningsstrategier på dette område er meget forskelligartede. Den fælles normative ramme kan bl.a. udledes af de menneske- og fællesskabsretlige værdier, Nürnberg-kodekset og professionsetiske regler, fx fra World Medical Association. På trods af det fælles fundament, hvorfra flere bio- og sundhedsretlige figurer er udsprunget, er der dog betydelige forskelle på de europæiske landes bioret-

---

<sup>67</sup> Der er anmodet om aktindsigt i en enkelt sag fra Patientklagenævnet, der er modtaget i anonymiseret form. Denne sag omhandlede fødslen af et barn med Down's syndrom, hvor de fosterdiagnostiske undersøgelser havde vist en lille risiko for denne lidelse.

<sup>68</sup> Lawrence Rosen: *Beyond compare* i Pierre Legrand & Roderick Munday (eds.): *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003, p. 493-510 (510).

<sup>69</sup> Denne antagelse af, at der findes en række grundmønstre på tværs af nationale retssystemer kan også knyttes til Anna Christensens teori om normative grundmønstre. Hensigten med afhandlingen er dog ikke i øvrigt at identificere de normative grundmønstre. Se nærmere Anna Christensen: *Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster* i Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1996, p. 235-241.

## Kapitel 2

lige rammer. Den internationale regulering indeholder således en vid *margin of appreciation*, der giver plads til store nationale forskelle. Dette betyder også, at der, inden for hvad man normalt karakteriserer som den skandinaviske retsfamilie, er så store forskelle, at der heller ikke i dette tilfælde kan oprettholdes en forestilling om en nordisk retsfamilie.<sup>70</sup>

Dernæst er det, uanset at et givent retsområde er reguleret forskelligt i forskellige lande, relevant at belyse hvordan nationale sondringer og sammenkædningsbrug bruges i den retlige kategoriseringsproces. Herved øges muligheden for abstraktion, samtidig med at der opnås et bredere argumentativt grundlag for at drage mere generelle konklusioner og generaliseringer.<sup>71</sup> Inddragelsen af fremmed ret knytter sig derved til traditionel komparativ ret og metode, idet:

”the basic methodological principle of all comparative law is that of *functionality*. From this basic principle stem all other rules which determine the choice of laws to compare, the scope of the undertaking...and so on. Incomparables cannot usefully be compared, and in law the only things which are comparable are those which fulfil the same function.”<sup>72</sup>

I afhandlingen benytter jeg praksis fra en række vestlige lande, herunder Storbritannien,<sup>73</sup> Irland, Tyskland, Frankrig, Israel og USA. Formålet med at indtage fremmed ret er dels at trække konkrete bioretlige problemstillinger og løsninger frem, som endnu ikke er opstået i en dansk kontekst, og dels at konkretisere de bioretlige argumenter, som viser sig i fremmed ret, og som også kan indgå i den argumentative ramme, når gældende dansk ret skal fastlægges.

## 4. Begrebsafklaring

I dette afsnit vil jeg introducere det samfundsvidenskabelige kategoriseringsbegreb, som har været en inspirationskilde for afhandlingens forskningsformål og analyse. Dernæst vil jeg redegøre for statusbegrebet, sådan som det

---

<sup>70</sup> Se fx Nordic Committee on Bioethics: *Stem Cell Research in the Nordic Countries - Science, Ethics, Public Debate and Law*, Norden, September 2007 og *Assisted Reproduction in the Nordic Countries – A comparative study of policies and regulation*, TemaNord 2006:505, Nordic Council of Ministers, 2006.

<sup>71</sup> Se Mia Rönnmar: *Arbetsledningsrätt och arbetsskyldighet – en komparativ studie av kvalitativ flexibilitet i svensk, engelsk och tysk kontext*, Lund, 2004, p. 29-37.

<sup>72</sup> K. Zweigert & H. Kötz: *An Introduction to Comparative Law*, Oxford, 1998, p. 34.

<sup>73</sup> I de følgende kapitler anvender jeg betegnelsen britisk ret. Der gøres dog opmærksom på, at den britiske regulering af det reproduktive område i vidt omfang ikke finder anvendelse i Nordirland, jf. eksempelvis Abortion Act og Human Fertilisation and Embryology Act.

anvendes i denne afhandling. I kapitel 3 vil jeg nærmere definere det etiske statusbegreb og belyse, hvad det vil sige at have status i personretten.

## **4.1. Kategorisering**

### *4.1.1. Om det antropologiske kategoriseringsbegreb*

Kategoriseringsbegrebet anvendes særligt i antropologien og den øvrige samfundsvidenskab som et værktøj i undersøgelsen af, hvordan der bliver optrukket grænser på tværs af forskellige grupper og kontekster. Kategorisering anses for at være symbolske og sociale processer, hvor forskellene mellem mennesker tillægges betydning, hvorved en opdeling og kategorisering af dem bliver mulig.<sup>74</sup> Kategorisering skaber, opretholder, udfordrer eller opløser således institutionaliserede sociale forskelle (fx køn, klasse, race, seksualitet o.lign.)

”Symbolic boundaries are conceptual distinctions made by social actors to categorize objects, people, practices, and even time and space. They are tools by which individuals and groups struggle over and come to agree upon definitions of reality. Examining them allows us to capture the dynamic dimensions of social relations, as groups compete in the production, diffusion, and institutionalization of alternative systems and principles of classifications. Symbolic boundaries also separate people into groups and generate feelings of similarity and group membership. They are an essential medium through which people acquire status and monopolize resources.”<sup>75</sup>

Moralske og retlige grænser, videnskabelig og teknisk viden, begrebsmæssige sondringer, fortolkningsstrategier og kulturelle traditioner er eksempler på grænser, der er med til at skabe kategoriseringer.

Individer, entiteter og fænomener, der overskrider, udfordrer eller er svære at stabilisere i de etablerede grænser og kategorier (hybrider) kan imidlertid være svære at håndtere, fordi de falder uden for den eksisterende institutionelle, sociale og retlige orden:

”Often falling outside existing frames of institutional and disciplinary understanding, hybrids are messy/disorderly creatures. They are ‘matters in wrong places’ and for regulation they have consequently become ‘matters of concern’.”<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> Katrine Schepelern Johansen: *Kategorisering i psykiatrien* i Karen Fog Olwig og Karsten Pærregaard (red.): *Integration – Antropologiske perspektiver*, København, 2007, p. 155-171 (158).

<sup>75</sup> Michèle Lamont and Virág Molnár: *The Study of Boundaries in the Social Sciences* i *Annual Review of Sociology* (2002) 28:167-195 (168).

<sup>76</sup> Nik Brown, Alex Faulkner, Julie Kent & Mike Michaels: *Regulating Hybrids: ‘Making a Mess’ and ‘Cleaning Up’ in Tissue Engineering and Transpecies Transplantation* i *Social Theory & Health* (2006) 4, p. 1-24 (2).



Fostre og befrugtede æg kan betragtes som hybrider i den forstand, at de på én gang indeholder potentialet til at blive en selvstændig og individualiseret *person*, men også har en (bagudrettet) status som *humant biologisk materiale*. Dele af den menneskelige krop, som eksempelvis organer, æg, sæd, DNA og gener bliver således ofte kategoriseret som *ting* med en særlig status. Som Sniff Andersen Nexø udtrykker det, kan vi ”*iagttage fostret som en slags grænseobjekt mellem menneske og ikke-menneske, subjekt og objekt, person og ting. Eller... som et 'human boundary object': et objekt, der kan skifte kategori og krydse grænser for det menneskelige, og som samtidig kan opretholde en eller anden form for genkendelighed eller oversættelighed på tværs af disse kategorier og grænser.*”<sup>77</sup>

### 4.1.2. Et kategoriseringsinspireret blik på retten

Alle videnskaber har brug for at kunne ordne de objekter, der studeres i nogle klasser eller kategorier. I lægevidenskaben taler man om sygdomsgrupper og i biologien om klassifikation af arter.<sup>78</sup> I retsvidenskaben ordnes subjekterne for retlig regulering også; i personretten klassificeres fysiske og juridiske personer som retssubjekter, og i forskellige retsforhold klassificeres retssubjektet ofte i forskellige kategorier, der bygger på typeantagelser vedrørende personens beskaffenhed som eksempelvis patient, enlig forsørger, forbruger, erhvervsdrivende osv. Denne klassifikation – eller kategorisering – som retten ordner subjekterne for retlig regulering eller parterne i et retsforhold i, kan betegnes som en præjudiciel kvalifikation af subjektets eller partens status.<sup>79</sup>

Det samfundsvidenskabelige kategoriseringsbegreb peger som skitseret på, at kategorier bevæger sig mellem forskellige domæner af relationer.<sup>80</sup> Klassifikationen af individer er således bundet til relationer og kontekster. At det også kan forholde sig sådan i den retlige kategorisering, blev i kapitel 1 illustreret med den udvikling, der er sket i den retlige opfattelse af dødens indtræden. De retlige aktører, der omgiver fosteret og det befrugtede æg, kan således også spille en rolle i forhold til kategoriseringen af livets start i retten.

---

<sup>77</sup> Sniff Andersen Nexø: *Over grænser. Om fostres foranderlige betydninger i medicinske praksisser* i Årsskrift for Medicinsk Museion 2006, p. 35-42 (39).

<sup>78</sup> Hanne Andersen, Claus Emmeche, Michael Norup & Peter Sandøe: *Videnskabsteori for de biologiske fag*, Frederiksberg, 2006, p. 126-136.

<sup>79</sup> Sml. Jens Schovsbo: *Immaterialretsaftaler – Fra kontrakt til status i kontraktsretten*, København, 2001, p. 27.

<sup>80</sup> Sally Anderson: *Kategorisering. Fællesmængder og særpræg hos børn* i I.K. Hastrup (red.): *Viden om verden*, København, 2004, p. 71-93 (86).

Dernæst peger kategoriseringsbegrebet på, at grænsesubjekter kan være svære at håndtere. Dette er også tilfældet i den retlige kategorisering. Her er det oftest kategorien *person* (der giver en af de mest betydningsfulde statusser i retten), som kan give anledning til kategoriseringsvanskeligheder.<sup>81</sup> Dette gælder i forhold til ”delvise” personer, fx nyfødte børn; potentielle personer, fx fostre og befrugtede æg; tidligere personer, dvs. afdøde og irrationelle personer, fx sindssyge eller inhabile.

Det kategoriseringsinspirerede blik på retten betyder, som jeg vil uddybe nedenfor, at jeg i afhandlingens analysedel vil afdække, hvilke kategorier der kan identificeres i retten, herunder undersøge, hvilke kontekster, hensyn og afvejninger der har indflydelse på kategoriseringen af fostre og befrugtede æg.

#### **4.2. Statusbegrebet**

At man placeres i en bestemt retlig kategori, giver retlig status. Ordet status (fra latin *stare*; stå) kan sprogligt betegne en persons retlige ståsted eller placering i forhold til andre.<sup>82</sup>

I afhandlingen benytter jeg statusbegrebet i flere varianter, dvs. både som et retligt og et etisk begreb.<sup>83</sup> I etikken er statusbegrebet knyttet til, at man er i besiddelse af de egenskaber, der gør, at man bliver genkendt og accepteret som noget, der har betydning. At man har betydning, har i etikken den virkning, at der er etiske begrundelser for at tage hensyn til en.

I dansk retsvidenskab er statusbegrebet og statuslæren bl.a. blevet brugt af Kirsten Ketscher<sup>84</sup> og Jens Schovsbo<sup>85</sup> til at beskrive, at man umiddelbart som udtryk for en standardisering har rettigheder eller retsbeskyttelse, fordi man har bestemte egenskaber eller tilhører en bestemt gruppe. Status betegner således, at et bestemt tilhørsforhold til en bestemt gruppe har en så kendetlig og accepteret karakter, at den udløser en rettighed i et bestemt retsforhold, fx ret til en ydelse.

---

<sup>81</sup> Jf. nærmere kapitel 3.

<sup>82</sup> Se *status* i Oxford Advanced Learner's Dictionary.

<sup>83</sup> I filosofen Jan Persellis afhandling *Fostersyn i svensk rätt*, Linköping, 1998 benyttes statusbegrebet i såvel en etisk som retlig variant, men der redegøres ikke nærmere for statusbegrebet, hvilket kan skyldes, at statusbegrebet er en gammel retlig figur, der har haft en fremtrædende placering i svensk ret, se nærmere herom Kirsten Ketscher: *Socialret*, 3. udgave, København, 2008, kapitel 3, afsn. 6.

<sup>84</sup> Om det socialretlige statusbegreb se Kirsten Ketscher: *Socialret*, 3. udgave, København, 2008, kapitel 3, afsn. 6.

<sup>85</sup> Om statusbegrebet i kontraktretten se Jens Schovsbo: *Immaterialretsaftaler – Fra kontrakt til status i kontraktsretten*, København, 2001, p. 27 og kapitel 9.

## Kapitel 2

I personretten sker den indledende kategorisering, hvor man anerkendes som et retssubjekt, der overhovedet er i stand til at være indehaver af rettigheder og pligter. Herved får man status som et retssubjekt, der herefter i de enkelte retsforhold kan kategoriseres i forskellige kontekstuelle kategorier, der hver især giver status af fx umyndig, borger, forbruger osv. Samme person kan på én gang både have status som fx enlig forsørger og børnefamilie, ligesom samme person kan være forbruger i én sammenhæng, men erhvervsdrivende i en anden. Når retssubjektet bliver klassificeret i en bestemt kategori, kaster det altså en bestemt status af sig, som har forskellige retlige implikationer. Denne navngivning er som skitseret *kontekstafhængig*. Det afgørende for retssubjektets status bliver derfor, i hvilken fremtrædelsesform og kontekst det optræder.

Som jeg vil vende tilbage til i kapitel 3, bruger personretten fødselstidspunktet som den afgørende demarkationslinje. Det betyder, at personretten placerer tiden mellem befrugtningen og fødslen som en *ensartet* periode, der falder uden for de personretlige kategorier. Der findes således ikke umiddelbart et retligt grundlag for at genkende fosteret som noget, der har betydning i den forstand, at det kan tillægges rettigheder, ligesom der ikke er et retligt grundlag for at sondre mellem fx et befrugtet ægs og et levedygtigt fosters status. Fosteret placeres således ikke umiddelbart i forskellige navngivne kontekstuelle kategorier, som det er tilfældet med fødte mennesker, fordi fosteret i den traditionelle personret ikke har status som person.

Alligevel er fosteret, som skitseret indledningsvist i kapitel 1, ydet retsbeskyttelse i forskellige sammenhænge, fx i forbindelse med svangerskabsafbrydelse. Selvom fosteret således ikke bliver klassificeret af (person)retten i forskellige kontekstuelle og navngivne kategorier, finder der alligevel en retlig kategoriseringsproces sted. Personrettens skarpe demarkationslinje synes således ikke at give en adækvat beskrivelse af fosterets retsstilling.

Jeg vil således bruge inspiration fra kategoriseringsbegrebet til at afdække, hvordan retten yder fosteret retsbeskyttelse. Analysen vil i forlængelse heraf afdække, hvilke kategorier retten placerer fostre og befrugtede æg i, herunder udpege og analysere, hvilke relationer og deraf følgende hensyn og afvejninger der har betydning for fosterets og det befrugtede ægs status i forskellige kontekster samt pege på, hvilke retlige implikationer der knytter sig til placeringen i de enkelte kategorier.

## Kapitel 3

### Kategorisering og retlige aktører

*"Preembryos are not, strictly speaking, either 'persons' or 'property',  
but occupy interim category that entitles them to special respect be-  
cause of their potential for life"*

Davis v. Davis, Supreme Court of Tennessee, June 1, 1992

#### 1. Præsentation og plan for kapitlet

Formålet med denne afhandling er at afdække, hvordan fosteret og det befrugtede æg kategoriseres retligt inden for en række bioretlige problemfelter, som også i bioetikken har været omdiskuterede. For at gennemføre afhandlingens analyse er det indledningsvis nødvendigt at afdække den platform, som analysen tager sit afsæt fra, ved at klargøre, hvordan fosteret traditionelt er blevet håndteret i forhold til juridisk tænkning og almindelige retlige kategoriseringer.

Fosteret har gennem tiderne været en svær størrelse at indplacere i det juridiske landskab, fordi det befinder sig i grænselandet mellem de kendte kategorier *person* og *ting*. Dette har også været tilfældet, hvis man graver dybere ned i den normative undergrund; fosterets status har således været genstand for intens debat i den moralfilosofiske teori. Selv inden for etikken har det altså været svært at kategorisere fosteret. Dette vil jeg illustrere med en belysning af den etiske håndtering af fosteret, og derigennem også pege på kategoriseringer, som kan have fundet vej til overfladen i det juridiske landskab.<sup>1</sup> Det moralske personbegreb er nemlig en nær slægtning til det retlige personbegreb forstået således, at det, som har moralsk status, også ser ud til at have en større sandsynlighed for at have juridiske rettigheder.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Om undersøgelser af sådanne "spændinger under overfladen", se Ole Krarup: *Retfærdighed og juridisk seismologi* i Peter Blume, Ditlev Tamm, Vibeke Vindeløv (red.): *Suum cuique*, København, 1991, p. 21-29 (27).

<sup>2</sup> Margaret Davies & Ngaire Naffine: *Are Persons Property?*, Aldershot, 2001, p. 51-52 og afsnit 5 nedenfor.

### Kapitel 3

”The concept of personhood is asked to do more than simply replicate the biological concept of the human being. Personhood is a talisman that confers status, respect and moral worth.”<sup>3</sup>

Slægtskabet ses også afspejlet i, at såvel moralfilosofisk som retsfilosofisk teori kredser om de samme videnskabelige fremstillinger; juristerne Ronald Dworkin, Joel Feinberg og Joseph Raz har således alle beskæftiget sig med grundlæggende statusspørgsmål af betydning for både moralfilosofi og retsvidenskab.<sup>4</sup>

Indledningsvist vil jeg dog først og fremmest knytte nogle bemærkninger til fosteret som biologisk organisme og den biologiske kategorisering af livets begyndelse. Bioretten og bioetikken genstand er jo netop konsekvenser og anvendelse af bioteknologi og biomedicin, eller som det udtrykkes af Tristram Engelhardt Jr.:<sup>5</sup>

”Bioethics is the disciplined puzzling of people attempting to understand the significance of birth, copulation, illness, and death, especially as these are touched on by health care and biomedical sciences.”<sup>6</sup>

Mens der traditionelt i retsvidenskaben har været opmærksomhed på forholdet mellem ret og etik, vil jeg altså også trække den biologiske kategorisering frem som en mulig retligt relevant faktor og knytte nogle bemærkninger til forholdet mellem ret og biologi.

Kategoriseringen af fosteret udspiller sig i et landskab, hvor der også optræder andre retlige aktører. Disse aktører kan som nævnt være med til at kategorisere fosteret. Jeg vil derfor i kapitlets sidste del præsentere de relevante retlige aktører og skitsere, hvilke hensyn der gør sig i gældende i relation til deres rettigheder.

---

<sup>3</sup> Jens David Ohlin: *Is the Concept of the Person necessary for Human Rights?* i Columbia Law Review vol. 105, no. 1, 2005, p. 209-249 (211).

<sup>4</sup> Der kan fx henvises til Ronald Dworkin: *Life's Dominion*, New York, 1993, Joel Feinberg: *The Rights of Animals and Unborn Generations* i Willian T. Blackstone (ed.): *Philosophy and Environmental Crisis*, Athens, 1974 og Joseph Raz: *The Morality of Freedom*, Oxford, 1986

<sup>5</sup> Dette fremgår eksempelvis af Bioetikkonventionens titel, *Convention for the protection of Human Rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*.

<sup>6</sup> H. Tristram Engelhardt, Jr.: *The Foundations of Bioethics*, New York, 1986, p. 9.

## 2. Videnskabelig kategorisering af fosteret

### 2.1. Biologisk oprids af livets begyndelse

Befrugtning af et menneskeligt æg kan enten ske naturligt eller ved hjælp af lavteknologiske teknikker som insemination i kvindens krop (in vivo) eller ved hjælp af højteknologiske teknikker i reagensglasset (in vitro), hvor æg og sæd forenes, evt. efter en sortering eller manipulation af køncellerne, eller hvor en sædcelle ved hjælp af mikroinsemination føres ind i æggets kerne med en kanyler.

Befrugtningsprocessen kan overordnet beskrives i tre faser. I første fase af befrugtningen sætter en sædcelle sig fast på ydersiden af den hinde, der omgiver ægget. Hinden får sædcellen til at frigive et enzym, så den kan bevæge sig gennem hinden og ind i den væske, der ligger mellem hinden og ægget. Først befinder sædcellen sig intakt inde i æggets cytoplasma, men efter få minutter begynder den anden fase, hvor sædcellens hale og den membran, der omgiver sædcellens hoved, begynder at gå i opløsning. Det første døgn lever det befrugtede æg med det genetiske materiale fra faderen og moderen separat i såkaldte pronuklei. Disse deler sig én gang og smelter sammen, hvorved der dannes et fosteranlæg med det samlede genmateriale i 23 par kromosomer. Først herefter er tredje og endelige fase af befrugtningen tilendebragt.

Omtrent 40 timer efter befrugtningen begynder celledelingen. Cellerne er endnu ikke differentierede, men kan alle blive til en hvilken som helst celledetype, eksempelvis blodceller, hudceller og nerveceller. Først når fosteranlægget omtrent tre dage efter befrugtningen indeholder 16 celler, begynder differentieringen, hvor nogle celler vil udvikle sig til selve fosteranlægget, mens andre vil blive til moderkagen og fosterhinder. Celledelingen fortsætter, mens fosteranlægget bevæger sig ned gennem æggelederen, for på 5. dag at nå livmoderen. Omkring 7. eller 8. dag efter befrugtningen indledes implantationen, hvor fosteranlægget sætter sig fast på livmoderens slimhinde. Herved etableres der kontakt med kvindens blodforsyning, hvilket igangsætter hormonelle forandringer i kvindens krop, så fosteranlægget kan begynde sin vækst og udvikling. På dette tidspunkt er de inderste celler i fosteranlægget udifferentierede, og fosteranlægget kan stadig dele sig i flere dele, der hver for sig kan blive et komplet foster.

På 14. dagen efter befrugtningen fuldendes implantationen med dannelsen af neuralrørsfugen, der senere bliver til rygsøjlen. Med implantationen kan svangerskabet konstateres lægevidenskabeligt, og denne begivenhed kan således beskrives som første fase af den etablerede graviditet. Fra dette tids-

punkt, hvor neuralrørsfugen er dannet, kan fosteranlægget ikke længere dele sig til flere potentielle individer. Fosteranlæggets celler vil herefter i den anden fase gradvist begynde dannelsen af væv og organer og i øvrigt udvikle menneskelige karakteristika.<sup>7</sup> Selvom evnen til at føle smerte antagelig indtræder omkring 18. uge, er fosterets væv og organer dog ikke fuldt funktionsdygtige før ca. 24. svangerskabsuge. Først fra dette tidspunkt er fosteret levedygtigt i den forstand, at det med fornøden lægefaglig bistand vil kunne overleve ved for tidlig fødsel.

#### 2.2. Den biologiske kategorisering af livets begyndelse

I biologien kan livets begyndelse kategoriseres på flere måder. Biologiske, anatomiske og morfologiske karakteristika bruges således til at kategorisere ”konceptionsproduktet” som henholdsvis et befrugtet æg, en zygote, en blastocyste (præ-embryo), et fosteranlæg (embryo) og et foster. Selvom der er tale om den samme organisme blot i forskellige udviklingsstadier, bliver de enkelte stadier i udviklingen altså kategoriseret med hver deres benævnelse, der ikke er synonyme. Grænserne for den enkelte biologiske kategorisering er dog ikke objektive eller entydige; således er det omdiskuteret, hvilke biologiske udviklingsstadier der falder under den enkelte klassifikation:<sup>8</sup> De fysiologiske processer, som befrugtningen består af, er mange, hvilket blandt andet betyder, at forskellige videnskabelige kilder anlægger forskellige syn på antallet af faser i befrugtningen – afhængigt af, hvilke processer de lægger vægt på at inkludere. Nogle tæller for eksempel ægløsningen med i befrugtningprocessen, mens andre ikke gør det. Nogle mener, at et befrugtet æg er en zygote, så snart sædcellen er kommet ind i ægget, mens andre først vil kategorisere det befrugtede æg som en zygote, når den mandlige og kvindelige pronukleus er dannet, eller når de to pronuklei er smeltet sammen.<sup>9</sup>

Den traditionelle biologiske forståelse opfatter embryoet som en entitet, der er skabt ved befrugtning af en menneskelig ægcelle med en menneskelig sædcelle. Den teknologiske og lægevidenskabelige udvikling har medført, at denne forening af menneskelige kønsceller kan foretages i en petriskål i laboratoriet, og endda ikke nødvendigvis behøver at bestå af de traditionelle biologiske byggesten. Det befrugtede æg kan således være skabt ved ukøn-

---

<sup>7</sup> Etisk Råd: Menneskeligt livs begyndelse og fosteranlægs etiske status, København, 2003, p. 39-40.

<sup>8</sup> Human Embryo – A Biological Definition. Discussion Paper, Australian Government, National Health and Medical Council, Canberra, 2005, pkt. 1.1.

<sup>9</sup> Se Etisk Råd: Menneskeligt livs begyndelse og fosteranlægs etiske status, København, 2003, p. 37.

net befrugtning, fx ved kernetransplantation<sup>10</sup> eller parthenogenese,<sup>11</sup> hvor det befrugtede æg skabes uden fusion med en menneskelig sædcelle. Som følge heraf er det usikkert, om embryoer, der er blevet skabt på anden vis, også biologisk set kategoriseres som et *menneskeligt* embryo, eller om skabelsesprocessen overhovedet kan kategoriseres som en *befrugtning*. Udviklingen har også betydet, at mange forskellige typer befrugtede æg nu er blevet synlige, også de der *ikke* har potentiale til at udvikle sig til et barn, fx fordi celledelingen ikke er forløbet korrekt. Det betyder, at nye biologiske og lægefaglige kategorier er kommet til, eksempelvis befrugtede æg *med* og *uden* fertilitetspotentiale.

### 2.3. Forholdet mellem biologi og ret

Få år efter, at det befrugtede ægs indtog i laboratoriet havde resulteret i fødslen af det første danske reagensglasbarn, blev der fremsat lovforslag om oprettelse af et etisk råd,<sup>12</sup> som kunne rådgive Folketinget og udarbejde en indstilling til regler om beskyttelse af befrugtede æg. En enkelt sætning i lovforslagets § 1 vakte stor opmærksomhed og debat.<sup>13</sup> Det fremgik heraf, at rådet i sit virke skulle ”bygge på den forudsætning, at menneskeligt liv tager sin begyndelse på befrugtningstidspunktet”. Under Folketingets behandling af lovforslaget opstod der tvivl om, hvordan dette udsagn skulle fortolkes, og man indhentede derfor to ekspertudtalelser fra henholdsvis Den Centrale Videnskabsetiske Komité og Det Sundhedsvidenskabelige Forskningsråd.

Begge fremhævede befrugtningen som en nødvendig, men ikke tilstrækkelig biologisk begivenhed for udviklingen af et menneskeligt individ. I udtalelsen fra Det Sundhedsvidenskabelige Forskningsråd anføres:

*”Biologisk set kan livet betragtes som et kontinuum, hvor nye individer hele tiden opstår og går til grunde. For menneskets vedkommende er befrugtningssprocessen i øjeblikket en nødvendig, men ikke tilstrækkelig forudsætning for udvikling af et nyt individ. Desuden kræves, at befrugtningssproduktet implanteres i en livmoder, og at differentieringen*

---

<sup>10</sup> Ved kernetransplantation tømmes ægcellen for sin kerne, hvorefter der indsættes fx en menneskelig hudcelle. Ægcellen vil typisk stamme fra et menneske, men kan også stamme fra dyr. Se nærmere kapitel 7 og 8.

<sup>11</sup> Parthenogenese (fra græsk; *partheno*, jomfru, *genese*, fødsel) betyder asexuel reproduktion, hvor befrugtning ikke kræver sammensmeltning af æg- og sædcelle.

<sup>12</sup> L 76 – forslag til lov om oprettelse af et etisk råd og regulering af visse biomedicinske forsøg, Folketingstidende 1986-87, tillæg A, spalte 1569ff.

<sup>13</sup> Mette Hartlev: *Legitimering af stamcelleforskning – samspil mellem lovgivning og teknologi* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, København, 2007, p. 45-66 (51).



## Kapitel 3

*af anlæggets celler kan foregå. Hvornår anlægget skal betragtes som et menneskeligt individ, er et filosofisk-religiøst snarere end et biologisk spørgsmål”.*<sup>14</sup>

Processen illustrerer, at retten undertiden kan søge biologiske kategoriseringer som fortolkningsbidrag.<sup>15</sup> Som jeg vil vende tilbage til i kapitel 4, kan biologiske kategoriseringer også lægges forudsætningsvist til grund i retten; således er svangerskabet ikke defineret retligt, men følger forudsætningsvist eller udfyldes af lægevidenskaben, ligesom der omvendt også er eksempler på, at lovgiver mere direkte retliggør biologiske kategoriseringer.<sup>16</sup> Endelig har lovgiver undertiden overvejet de værdimæssige konnotationer, som knytter sig til de biologiske kategoriseringer.<sup>17</sup>

I spørgsmålet om livets begyndelse kunne den biologiske videnskab som illustreret ikke levere objektive svar til retten, men henviste til, at kategoriseringen måtte løses i moralfilosofien. Dette bringer os til spørgsmålet om den etiske kategorisering af livets begyndelse.

### 3. Kategoriseringer af fosteret i etikken

I de følgende kapitler vil jeg afdække hvordan fosteret kategoriseres, og hvilke hensyn og afvejsninger der er bestemmende for denne kategorisering inden for retsområder, der, som tidligere nævnt, er blevet udvalgt med udgangspunkt i de etiske diskussioner, der omkranser fosteret. Forud herfor vil jeg i det følgende belyse, hvad det vil sige at have etisk status og hvilke faktorer der er bestemmende for kategoriseringen af fosteret som et etisk subjekt.

#### 3.1. Etisk status

I moralfilosofien er det at have etisk status ensbetydende med, at der eksisterer etisk definerede begrundelser for at tage hensyn til den aktør, der har etisk status.<sup>18</sup> Begrebet er ikke absolut i den forstand, at andre hensyn eller

---

<sup>14</sup> Bilag 1 i betænkning over forslag til oprettelse af et etisk råd og regulering af visse biomedicinske forsøg, afgivet af udvalget angående et etisk råd mv., 14. maj 1987.

<sup>15</sup> Se også mere generelt om brug af sagkyndige oplysninger i Jørn Vestergaard: *Flere slags culpa – om god skik og sagkyndigt bevis* i Petter Asp, Carl-Erik Herlitz og Lena Holmquist (red.): *Flores juris et legum*, Uppsala, 2002, p. 671-701 og Michael Gøtze: *Domstolenes prøvelsesstrategier* i *Juristen* 2007, p. 251-261 (254).

<sup>16</sup> Fx retliggørelsen af hjernedødskriteriet, nærmere omtalt i kapitel 1 og 2.

<sup>17</sup> Se nærmere kapitel 1 om terminologi.

<sup>18</sup> Det Etske Råd: *Menneskeligt livs begyndelse og fosteranlægs etiske status – et debatoplæg*, København, 2003, p. 41-42 og Bonnie Steinbock: *Life Before Birth*, Oxford, 1992, p. 9-11.

hensynet til andre aktørers etiske status kan overtrumfe graden af hensyntagen.

Den etiske kategorisering af fosteret er omdiskuteret i moralfilosofien, og i det følgende vil jeg kort beskrive en række hovedpositioner i den etiske teori.

Den ene hovedposition tildeler fosteret (høj) etisk status og opfatter som udgangspunkt abort som forkert. Begrundelserne for at kategorisere fosteret som et etisk subjekt inden for denne hovedposition er dog forskelligartede.

En opfattelse (*den livsbevarende opfattelse*) er den ofte religiøst begrundede påstand om, at det befrugtede æg og fosteret har samme etiske status som det fødte menneske, og abort er derfor forkert, fordi det er drab på et uskyldigt menneske.<sup>19</sup> Abort på eugenisk indikation vil også blive opfattet som forkert, fordi livet i sig selv har en værdi, uanset om der er tale om et handicappet barn. I sin yderste konsekvens kan denne position – i en situation, hvor en abort er nødvendig for at redde kvindens liv – afvise, at det er etisk tilladeligt at udføre en sådan abort med henvisning til den etiske forskel på at slå (fosteret) ihjel og lade (kvinden) dø.<sup>20</sup>

Den livsbevarende opfattelse kan efter Ronald Dworkins opfattelse begrundes på to måder;<sup>21</sup> det er forkert at dræbe fostre, fordi de er mennesker og alle mennesker har en ret til liv, eller det er forkert at dræbe fostre, fordi de er mennesker og menneskeligt liv er helligt eller har intrinsisk værdi. Dworkin mener, at navnlig idéen om at livet har *intrinsisk værdi*, spiller en central rolle i abortdebatten. Denne intuitive opfattelse af, at livet har intrinsisk værdi, mener han bedre kan forklare de flestes opfattelse af abort end synspunktet om, at fosteret kan have rettigheder eller interesser.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Michael Norup: Etiske problemer i forbindelse med abort og behandling af nyfødte, ph.d. afhandling, Københavns Universitet, 1998, p. 11-21 og Etisk Råd: Menneskeligt livs begyndelse og fosteranlægs etiske status, København, 2003, p. 43-45.

<sup>20</sup> Om den etiske forskel herpå henvises nærmere til Philippa Foot: *Killing and Letting Die* i Jay L. Garfield, Patricia Hennessey (ed.): *Abortion – Moral and Legal Perspectives*, Amherst, 1984, p. 177-185.

<sup>21</sup> Ronald Dworkin: *Life's Dominion*, New York, 1993, p. 11.

<sup>22</sup> Michael Norup anfører, at Dworkins teori muligvis kan bidrage til forståelsen af lov om oprettelse af Det Etiske Råd, hvor det anføres, at rådet i sit virke skal bygge på den forudsætning, at livet begynder ved befrugtningen, Etiske problemer i forbindelse med abort og behandling af nyfødte, ph.d. afhandling, Københavns Universitet, 1998, p. 12.

### Kapitel 3

Den livsbevarende opfattelse anføres også blandt de mest almindelige argumenter *imod* stamcelleforskning. Denne type argumentation kalder Søren Holm ”*the standard restrictive argument*”,<sup>23</sup> og den bygger på en antagelse af, at menneskelivet har intrinsisk værdi i alle stadier af livet. Denne tilgang vil således også være kritisk over for den IVF-teknik, som medfører skabelsen af befrugtede æg, der ikke benyttes og derfor må destrueres eller doneres til forskning. Eksempler på udfoldelse af denne argumentation ses i romersk-katolsk teologi,<sup>24</sup> men også i fagfilosofien.<sup>25</sup>

En anden opfattelse inden for denne hovedposition er *potentialitetssynspunktet*. Dette lægger vægt på, at fosteret har kimen i sig til at blive et menneske og hævder, at fosteret derfor skal behandles i overensstemmelse med sine potentielle egenskaber som et fuldt udviklet menneske.<sup>26</sup> Synspunktet kan bl.a. afvises med den begrundelse, at vi også alle er potentielle afdøde og vores kroppe potentielle lig, men det er ikke det samme, som at vi skal behandles som sådan, mens vi lever.<sup>27</sup>

Den anden hovedposition afviser, at fosteret kan have etisk status. Dette kan fx være begrundet med *interessesyndspunktet*, som ser evnen til at have interesser som en forudsætning for at have etisk status. Om et foster overhovedet kan have interesser, er et omdiskuteret spørgsmål inden for den filosofiske faglitteratur. Joel Feinberg<sup>28</sup> og Bonnie Steinbock<sup>29</sup> vender sig mod idéen om, at fosteret har intrinsisk værdi, og ser i stedet evnen til at have interesser som den nødvendige forudsætning for at have etisk status. De knytter begge bestemte egenskaber som en forudsætning for at kunne have interesser. For det første må et væsen være i besiddelse af bevidsthed for at kunne have ønsker, mål og præferencer. Uden disse kan et væsen ikke have interesser; ”*without interests he cannot be benefited; without the capacity to be*

---

<sup>23</sup> Søren Holm: *The Ethical Case against Stem Cell Research* i Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics, 2003, 12, p. 372-383.

<sup>24</sup> Se fx Margaret A. Farley: *Roman Catholic Views on Research Involving Human Embryonic Stem Cells* i Suzanne Holland, Karen Lebacqz & Laurie Zoloth (eds.): *The Human Embryonic Stem Cell Debate: Science, Ethics and Public Policy*, Cambridge, 2001, p. 113-118. Se også Christian Munthe: *Livets slut i livets början – en studie i abortetik*, Stockholm, 1992, kapitel 2.

<sup>25</sup> En argumentation baseret på potentialitetssynspunktet kan ses hos John Marshall: *The case against experimentation* i Anthony Dyson & John Harris (eds.): *Experiments on Embryos*, London, 1990, p. 55-64.

<sup>26</sup> Se Klemens Kappel: *Fostrets etiske status og sene aborter*, under udgivelse, afsnit 3.3.

<sup>27</sup> Eksemplet er lånt fra John Harris: *The Value of Life*, London, 1985, p. 11.

<sup>28</sup> Joel Feinberg: *The Rights of Animals and Unborn Generations* i Willian T. Blackstone (ed.): *Philosophy and Environmental Crisis*, Athens, 1974, p. 51.

<sup>29</sup> Bonnie Steinbock: *Life Before Birth*, New York, 1996, p. 9-42.

*beneficiary, he can have no rights*".<sup>30</sup> Da et foster ikke har bevidsthed og dermed ikke er i stand til at have interesser, anses det således ikke for forkert at afbryde dets eksistensmulighed ved et abortindgreb.<sup>31</sup>

Interessesynspunktet anføres blandt de mest almindelige argumenter for stamcelleforskning. Efter denne position er udvindelsen af embryonale stamceller moralsk harmløs, fordi det befrugtede æg ikke har etisk status. Søren Holm<sup>32</sup> kalder argumentet for "*the standard liberal argument*", og godtages præmisserne, følger det, at udvindelsen af stamceller er moralsk acceptabel og måske endda en moralsk forpligtelse, forudsat at det donerende par har samtykket hertil. Eksempler på udfoldelse af denne argumentation kan ses hos John Harris<sup>33</sup> og Laurie Zoloth,<sup>34</sup> der begge tager udgangspunkt i de goder, alle mennesker har og vil få som følge af denne forskning i sygdomme og behandling. Kan stamcelleterapier redde menneskeliv, så har man *pligt* til at bruge dem.

Imellem disse to hovedpositioner befinder sig det synspunkt, som kaldes *gradualisme*. Ifølge dette synspunkt stiger fosterets etiske status gradvist i løbet af svangerskabet; det befrugtede æg har således (næsten) ingen etisk status, mens det levedygtige foster har (næsten) fuld etisk status svarende til det fødte menneske. Et abortindgreb kræver derfor mere og mere tungtvæjende grunde, for alligevel at være etisk tilladeligt, jo senere det udføres. Det gradualistiske synspunkt kan dog ikke begrunde, præcis hvilke egenskaber der begrunder en højere etisk status, eller præcist hvornår den etiske status stiger i fosterudviklingen.<sup>35</sup> Den gradualistiske opfattelse ses også i forhold til stamcelleforskning, og denne tilgang vil således interesse sig for,

---

<sup>30</sup> Joel Feinberg: *Rights, Justice and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy*, Princeton, 1980, p. 177 og Klemens Kappel: *Grundproblemer i medicinsk etik*, ph.d. afhandling, Københavns Universitet, 1996, p. 146-152.

<sup>31</sup> Om interessesynspunktet og en diskussion af mulige indvendinger se også Michael Norup: *Etiske problemer i forbindelse med abort og behandling af nyfødte*, ph.d. afhandling, Københavns Universitet, 1998, p. 21-28.

<sup>32</sup> Søren Holm: *The Ethical Case against Stem Cell Research* i *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2003, 12, p. 372-383.

<sup>33</sup> John Harris: *Scientific research is a moral duty* i *Journal of Medical Ethics*, 2005, vol. 31, p. 242-248.

<sup>34</sup> Laurie Zoloth: *The Ethics of the Eight Day: Jewish Bioethics and Research on Human Embryonic Stem Cells* i Suzanne Holland, Karen Lebacqz & Laurie Zoloth (eds.): *The Human Embryonic Stem Cell Debate: Science, Ethics and Public Policy*, Cambridge, 2001, p. 95-112.

<sup>35</sup> Se Klemens Kappel: *Fostrets etiske status og sene aborter*, under udgivelse, afsnit 4. Den gradualistiske opfattelse af fostrets etiske status er også kort beskrevet i Etisk Råds udtalelse af 23. marts 2007 om en eventuel ændring af abortgrænsen, p. 16-18.

om de goder, stamcelleforskningen kan medføre, er store nok til at retfærdiggøre ødelæggelsen af befrugtede æg.<sup>36</sup>

Efter denne indledningsvise introduktion til de overordnede positioner vil jeg i det følgende med udgangspunkt i tre konkrete filosofiske argumentationer nærmere indkredse den etiske kategorisering af fosteret og det befrugtede æg.

## 3.2. Eksempler på etiske kategoriseringer

### 3.2.1. Peter Singer

Peter Singers moralfilosofiske udgangspunkt er et princip om, at der moralsk set bør tages lige meget hensyn til alles interesser. Forudsætningen for, at man kan have etisk relevante interesser (etisk status), er, at man har en række etisk relevante karakteristika: bevidsthed, evnen til at interagere fysisk, socialt og mentalt med andre, evnen til at have bevidste præferencer og evnen til at føle glæde og smerte.<sup>37</sup> Singers argumentation kan således henføres til den hovedposition, der knytter den etiske kategorisering til interesse-synspunktet.

Efter Singers opfattelse er det ikke en forudsætning, at man har en bestemt genetisk struktur for at have moralsk relevant status; faktisk afviser han en sådan speciesisme, og heraf følger, at nogle dyr også kan have etisk status. At der skal tages lige meget hensyn til alles interesser, er dog ikke ensbetydende med, at alle, der har interesser, skal behandles lige, idet forskellige interesser kræver forskellig behandling. I forlængelse af teorien følger, at retten til fysisk integritet er forbundet med evnen til at føle smerte, og at retten til liv er forbundet med evnen til at have ønsker og planer for sin fremtid. Hans princip om lige hensyn til alles interesser hører teoretisk til i præferencutilitarismen, dvs. det synspunkt, at det altid er rigtigt at udføre den handling, der fører til mest mulig lykke (og mindst mulig ulykke) i verden.

Singer forsvarer bl.a., at abort er en moralsk acceptabel mulighed, da fosteret ikke har nogen bevidsthed om sig selv og dermed ikke har en egentlig interesse i at overleve. Indtil 18. graviditetsuge, hvor de biologiske forudsætninger for evnen til at føle smerte udvikles, er der således ikke tale om, at et abortindgreb afbryder en eksistens, der har intrinsisk værdi. Indtil dette tidspunkt kan fosteret kun opnå værdi gennem den værdi, kvinden eller an-

---

<sup>36</sup> Warnock-rapporten, der er fundamentet for den britiske lovgivningsstrategi, er et eksempel på en kompromissøgende model. Mary Warnock: *A Question of Life – Warnock Report on Human Fertilization and Embryology*, London, 1985, se fx p. 63-64.

<sup>37</sup> Peter Singer: *Rethinking Life & Death*, Oxford, 1994, p. 191 og Peter Singer: *Praktisk etik*, København, 1993, p. 137-138.

dre tillægger fosteret (afledt status). Eftersom Peter Singer knytter det moralske statusbegreb til evnen til at have præferencer og føle smerte, følger det i forlængelse af hans teori, at han finder det moralsk acceptabelt at aflive spædbørn (på en smertefri måde), der er født med alvorlige misdannelser, som er dømt til et kort og lidelsesfuldt liv, hvis forældrene ikke ønsker at barnet skal leve videre.

Efter samme rationale kan et embryo i laboratoriet heller ikke skades; blot fordi embryoet har potentiale til at blive til en person, er det ikke ensbetydende med, at embryoet er i stand til at blive skadet eller udsat for smerte. Embryoet har ikke behov, ønsker eller præferencer, og man kan derfor heller ikke skade det ved handlinger, der er imod dets ønsker. Embryoet og det tidlige foster har derfor ikke en status, der er anderledes end det ubefrugtede ægs.<sup>38</sup>

### 3.2.2. Judith Jarvis Thomson

Judith Jarvis Thomson tager i sin artikel "A Defence of Abortion"<sup>39</sup> udgangspunkt i det livsbevarende synspunkt, dvs. at fosteret er en person fra befrugtningsøjeblikket. Denne forudsætning lægger hun til grund i erkendelse af, at det ikke er muligt at svare præcist på spørgsmålet om, hvorvidt fosteret er en person; på den ene side må fosteret betegnes som en person før fødslen, idet det allerede fra 10. uge får menneskelige karakteristika, men på den anden side er et nyligt befrugtet æg ikke mere en person, end et agern er et egetræ. Den mest almindelige følge af dette personudgangspunkt ville være, at fosteret dermed har en ret til livet, som vejer tungere end kvindens ret til kropslig autonomi. Dette ræsonnement tilbageviser Thomson på en meget overbevisende måde ved at opstille den kendte violinistmetafor.

En berømt bevidstløs violinist har en dødelig nyresygdom, og der findes kun én person med den rette blodtype, der kan hjælpe. Denne person kidnappes derfor af Foreningen af Musikelskere og forbindes til violinisten. Hospitalets overlæge beklager, men afviser at adskille personen fra violinisten – det ville jo være det samme som at slå ham ihjel, men i øvrigt er det også kun nødvendigt at være forbundet med ham i 9 måneder. Thomson spørger, om personen er moralsk forpligtet til at være forbundet med violinisten. Hvad hvis det ikke var 9 måneder, men 9 år eller måske hele livet? "... now you've got to stay in bed, with the violinist plugged into you, for the rest of your life. Because remember this. All persons have a right to life, and violinists are persons. Granted you have a right to decide what happens in and to your body, but a person's

<sup>38</sup> Peter Singer: *Rethinking Life & Death*, Oxford, 1994, p. 200-201 og Peter Singer: *Praktisk etik*, København, 1993, p. 141-147.

<sup>39</sup> Judith Jarvis Thomson: *A Defence of Abortion*, *Philosophy and Public Affairs* (fall 1971) p. 47-66.

### Kapitel 3

*right to life outweighs your right to decide what happens in and to your body. So you cannot ever be unplugged from him*". Dette resultat afvises.

Eksemplet skal illustrere, at et foster, uanset om det betragtes som en person, og uanset om det derfor kan siges at have en ret til livet, ikke kan have ret til at bruge sin moders krop, medmindre hun frivilligt påtager sig ansvaret for det. Fosteret har altså udelukkende en afledt status, der er knyttet til kvindens autonomi. Selv hvis kvinden har haft samleje vel vidende, at der var en risiko for graviditet, afviser Thomson, at kvinden har en forpligtelse over for fosteret. For at illustrere denne pointe sammenligner hun med en tyv, der bryder ind i hendes hus gennem et vindue, hun har ladet stå åbent. At hun har ladet vinduet stå åbent, er ikke ensbetydende med, at tyven nu har ret til at opholde sig i huset, da hun ikke har lukket ham ind frivilligt.

De forpligtelser, en moder påtager sig for et foster, er et spørgsmål om godgørenhed. Dette godgørenhedsprincip forpligter moderen til at være en "minimal-anstændig samaritan", svarende til fx at ringe efter en ambulance til den syge violinist, men hun er ikke forpligtet til at være en "god samaritan", og slet ikke, som Thomson udtrykker det, en "super-samaritaner", der som en anden helt eller helgen ofrer sig ved at lade violinisten bruge hendes krop i 9 måneder. Thomson skelner altså mellem, hvad man er forpligtet til at gøre, og som derfor skaber en modsvarende rettighed, og hvad man *bør* gøre, men som ikke stifter en rettighed. Det bærende princip i Thomsons optik er kvindens ejerskab over sin egen krop, der opfattes som en naturlig rettighed, og en deraf flydende ret til kropslig autonomi.

At abort i mange tilfælde er moralsk tilladeligt ifølge Thomsons optik, er dog ikke ensbetydende med, at der er en tilsvarende ret til at sikre det ufødte barns død. At man ikke er forpligtet til at ligge i sengen i 9 måneder for at redde violinistens liv, er ikke ensbetydende med, at man – hvis han mirakuløst overlever, at man frakobler sig fra ham – har ret til at skære halsen over på ham. Hvis det er muligt at foretage et abortindgreb, hvor fosteret samtidig overlever, vil dette altså være den moralsk rigtige fremgangsmåde.

#### 3.2.3. Deryck Beyleveld & Roger Brownsword

Deryck Beyleveld og Roger Brownsword tager udgangspunkt i Alan Gewirths princip om generisk konsistens<sup>40</sup> (*Principle of Generic Consistency*), og argumenterer for, at det er det mest basale og styrende princip i bioret og bioetik.

---

<sup>40</sup> Deryck Beyleveld & Roger Brownsword: *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford, 2001, kapitel 4. Se også Henrik Palmer Olsen: *Rationalitet, ret og moral*, København, 1997, kapitel 9.

Princippet fordrer, at moralske agenter skal handle i overensstemmelse med alle agents generiske rettigheder. De mest fundamentale blandt disse rettigheder angår evnen eller muligheden for overhovedet at kunne handle: livet, evnen til at træffe valg og tilstrækkelig habilitet til at omsætte egne præferencer til aktiv handling. Hertil kommer de midler, som er nødvendige forudsætninger for disse evner eller muligheder, "*meaning those things the absence of – or interference with which – will threaten or interfere with life etc. In the case of human agents food, clothing, shelter and health will be included among these necessary means*".<sup>41</sup> De generiske rettigheder pålægger andre agenter en forpligtelse til at respektere dem, både i positiv og negativ forstand, således at andre agenter både aktivt skal sikre og samtidig ikke må gribe ind i andres generiske behov. Hvis en moralsk agent ikke accepterer og handler i overensstemmelse med princippet om generisk konsistens, modsiger vedkommende, at han eller hun selv er en moralsk agent. På den måde bliver princippet kategorisk bindende.<sup>42</sup>

Dernæst er spørgsmålet, hvem der kan være en moralsk agent og have generiske rettigheder efter Beyleveld og Brownswords opfattelse: En moralsk agent kan kun med sikkerhed vide, at han eller hun *selv* er en moralsk agent.<sup>43</sup> Princippet om generisk konsistens tilsiger, at agenten skal "*employ precautionary reasoning, which obliges them to presume that all creatures that behave as though they are agents are agents*".<sup>44</sup> Hvis en anden fremstår som en delvis eller potentiel agent, fordi vedkommende besidder nogle, men ikke alle de karakteristika, man forventer af en moralsk agent, hvad enten de er strukturelle eller opførselsmæssige, skal man altså med udgangspunkt i et *forsigtighedsprincip* påtage sig forpligtelser over for den delvise eller potentielle agent, som er proportionelle med sandsynligheden for, at vedkommende er en moralsk agent. Potentialitetssynspunktet har således en central betydning for agentens moralske status, og usikkerheden om, hvordan agenten skal kategoriseres, skal tillægges vægt til fordel for den potentielle agent.

---

<sup>41</sup> Deryck Beyleveld & Roger Brownsword: *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford, 2001, p. 70.

<sup>42</sup> Teorien deler nogle synspunkter med Immanuel Kants kategoriske imperativ, se nærmere Deryck Beyleveld & Roger Brownsword: *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford, 2001, kapitel 5.

<sup>43</sup> Mens John Rawls i "*A Theory of Justice*" tager udgangspunkt i, at man må befinde sig bag et slør af uvidenhed i relation til, hvordan en given dom måtte have indflydelse på ens egen situation (uvidenhed om egen placering og egenskaber), tager Beyleveld og Brownsword altså udgangspunkt i, at man netop kun kender sin egen status.

<sup>44</sup> Deryck Beyleveld & Roger Brownsword: *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford, 2001, p. 113.



### Kapitel 3

Beyleveld og Brownsword anfører, at der traditionelt – fx i menneskeretten – sondres mellem den moralske agent på den ene side, der er i stand til at være indehaver af rettigheder og pålægges forpligtelser, og den mulige eller potentielle moralske agent på den anden side, som ikke kan være indehaver af rettigheder og forpligtelser. I denne sammenhæng anføres det, at specielle grupper kan opnå en afledt status fra den moralske agent:<sup>45</sup>

*”most of the rights in human rights instruments are inapplicable to any but agents...the extension of human rights to these special groups [very young children, fetuses, the dead] is controversial and a fairly recent event, and... the fetus is granted only a ‘proportional’ status by the human rights instruments if they grant it any status at all. Furthermore, it should be recognized that it may be possible for these ‘special’ groups to fall under the protection of the human rights instruments without actually being granted rights in the central sense that the instruments employ. If this is so,...then we suggest that it is altogether more plausible to regard the status granted to the special groups by the human rights instruments as, in some way, derivative of or secondary to the status of agents to whom the protections of the human rights instruments centrally apply.”*<sup>46</sup>

I henhold til princippet om generisk konsistens opnår potentielle agenter derimod en status, der er knyttet til det at være et levende væsen (biologisk set). Specielle grupper, som fx fosteret, skal betragtes, som om de har intrinsisk værdi, fordi det ikke kan udelukkes, at de er moralske agenter og derfor besidder generiske rettigheder og værdighed. Den intrinsiske moralske status er dog proportionel med, i hvor høj grad fosteret ligner en tilsyneladende moralsk agent. Princippet om generisk konsistens tildeler således ud fra et forsigtighedsprincip intrinsisk moralsk status til alle levende væsener (uanset artstilhørsforhold).

Når den proportionelle intrinsiske værdi på denne måde er knyttet til det at være et levende væsen (biologisk set), besidder den potentielle agent altså værdighed i et biologisk kontinuum fra befrugtningstøjeblikket baseret på formodningen om eller muligheden for status som en moralsk agent. Det befrugtede æg har samme grad af værdighed som ethvert levende væsen, og denne rettighed kan udledes af de forpligtelser, en moralsk agent har over for alt levende. Den moralske agents forpligtelser er dog som nævnt propor-

---

<sup>45</sup> Se nærmere Deryck Beyleveld & Roger Brownsword: *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford, 2001, p. 112-134. Fosterets status i menneskeretten diskuteres nærmere i kapitel 4 og kapitel 5.

<sup>46</sup> Deryck Beyleveld & Roger Brownsword: *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford, 2001, p. 80-81.

tionelle med, i hvor høj grad det befrugtede æg eller fosteret ligner en moralsk agent.

*“However, it is extremely difficult to quantify the proportionality involved. The most that can be asserted unequivocally is that, without a sound rights-based reason to destroy the embryo, considerations of the possibility that the embryo is an agent (and, thus, has dignity equal to that of those displaying fully the capacities of agency) require the embryo not only not to be destroyed but to be nurtured. However, it is important to appreciate that it is not the supposed or presumed dignity of the embryo (from conception) that is the basis of the duties owed to the zygote from conception. Instead, it is the consideration of the possibility that the zygote might be an agent (and have dignity) even though there is little evidence for this.”<sup>47</sup>*

Beyleveld og Brownsword udelukker således ikke, at fosterets status kan være mere eller mindre tungtvejende afhængig af, hvilke andre rettigheder, der er på spil i afvejningen.<sup>48</sup> Fosteret og embryoet må altså ikke destrueres ved et abortindgreb eller i forbindelse med stamcelleforskning, medmindre der er en velfunderet, rettighedsbaseret grund hertil.

### 3.3. Opsamling

I etikken er der flere forskellige måder at opfatte og argumentere for kategoriseringen af fosteret. Det at have etisk status er ensbetydende med, at der eksisterer etisk definerede begrundelser for at tage hensyn til et individ i kraft af sig selv (for individets egen skyld). Men hvem der er et individ med krav på etisk status, er der ikke noget entydigt svar på. De filosofiske argumentationer, der blev præsenteret i afsnit 3.2, anerkender dog også, at man kan opnå en *afledt status*, eller at der ud fra et forsigtighedsprincip skal tages hensyn til en entitet, der ikke umiddelbart kan karakteriseres som en moralsk agent. Det at have en afledt etisk status er ensbetydende med, at der ikke eksisterer etiske begrundelser for at tage hensyn til en entitet i kraft af entiteten selv, og status opnås således gennem en anden, der har etisk status eller gennem varetagelse af andre hensyn. Disse hensyn kan være generelt formulerede etiske principper, fx princippet om livets ukrænkelighed eller princippet om at respektere menneskets værdighed. Det er således ikke egenskaber ved fosteret, der udgør den eneste eller væsentligste begrundelse for, at fosteret har en status.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Deryck Beyleveld & Roger Brownsword: *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford, 2001, p. 158.

<sup>48</sup> Om afvejningen mellem egne og andres rettigheder efter Principle of Generic Consistency, se også Henrik Palmer Olsen: *Rationalitet, ret og moral*, København, 1997, p. 170-174.

<sup>49</sup> Det Ethiske Råd: *Menneskeligt livs begyndelse og fosteranlægs etiske status*, København, 2003, p. 51-52.

### Kapitel 3

I retsvidenskaben har Joseph Raz haft blik for denne afledte måde at opnå retsbeskyttelse på i form af begrebet *parasit-rettigheder*,<sup>50</sup> ligesom en sådan retsbeskyttelse også synes at kunne følge af Ronald Dworkins målsætnings-baserede retlige værdier.<sup>51</sup> Fosteret kan således, som jeg vil vende tilbage til senere, også opnå en beskyttelse i kraft af rettigheder, som er tillagt andre aktører eller gennem varetagelse af andre hensyn og interesser.

## 4. Forholdet mellem ret og etik

*"...law does not exist in a vacuum and is not a chemically pure substance detached from moral or societal considerations"*<sup>52</sup>

I dette afsnit vil jeg knytte nogle bemærkninger til forholdet mellem ret og etik for at pege på, hvilke sammenhænge der kan være mellem den etiske og den retlige kategorisering af fosteret.<sup>53</sup>

### 4.1. Ret som det ydre udtryk for etik

Etiske normer og principper kan defineres som generelle regler, der udtrykker, hvad der er rigtigt eller forkert i en bred klasse af situationer.<sup>54</sup> Som illustreret i afsnit 3 findes der mange forskellige etiske teorier, og dermed mange forskellige bud på, hvordan man korrekt formulerer etiske normer og principper, der angiver, hvordan vi moralsk set bør handle.

Selvom forholdet mellem ret og etik er omdiskuteret i teorien, er der bred enighed om, at retlig regulering kan afspejle og udspringe af etiske normer.<sup>55</sup>

Etiske normer kan både ansues som empiriske og normative fænomener, og kan findes på forskellige niveauer. Man kan således både tale om individuelle og samfundsmæssige etiske normer, ligesom der kan findes etiske

---

<sup>50</sup> Joseph Raz: *Legal Rights* i Oxford Journal of Legal Studies, vol. 4, no. 1, Spring 1984, p. 1-21 (3).

<sup>51</sup> Ronald Dworkin: *Taking Rights Seriously*, London, 1977, p. 22 og 82-84.

<sup>52</sup> *Vo v. France*, Separate Opinion of judge Costa, joined by judge Traja, unnummerede præmisser, punkt 4. Dommen omtales nærmere i kapitel 5.

<sup>53</sup> Der kan i øvrigt mere generelt henvises til teorier fra den politiske filosofi, som kan karakteriseres som broen mellem etik og ret. Se eksempelvis Max Charlesworth: *Bioethics in a Liberal Society*, Cambridge, 1993.

<sup>54</sup> Klemens Kappel: *Hvordan kan man diskutere bioetiske problemer?* i Karsten Klint Jensen & Svend Andersen (red.): *Bioetik*, København, 1999, p. 199-239 (202).

<sup>55</sup> Se Jan Fridtjof Bernt og David Doublet: *Juss, samfunn og rettsanvendelse*, Oslo, 1996, p. 369.

normer, som er knyttet til afgrænsede grupper, fx en profession.<sup>56</sup> Ethiske normer kan således både være bredere og snævrere end retlige normer.<sup>57</sup> De etiske normer, som efter en *empirisk* afdækning kan findes på samfundsniveau, kan betragtes som udtryk for et samfundsethos, dvs. en samling af generelle normer og værdier, som på samfundsmæssigt niveau vinder tilslutning og findes indbygget i samfundets institutioner. I dette perspektiv bliver retten således det ydre udtryk for etiske normer.<sup>58</sup>

Lovgivningen kan også mere konkret anwise, at dens formål er at fremme bestemte etiske normer og på den måde positivere bestemte værdier, ligesom praksis kan udpege centrale etiske værdier og hensyn, som med tiden fører til udviklingen af almindelige retsgrundsætninger eller grundlæggende retsprincipper.<sup>59</sup> I andre tilfælde kan etiske vurderinger, som praktiseres inden for en branche, en befolkningsgruppe eller profession, få betydning for den retlige vurdering af et forhold.<sup>60</sup>

#### 4.2. Ethiske normers rolle i retlig argumentation

I forlængelse af ovennævnte kan etiske normer også spille en rolle i en retlig argumentation.

Mette Hartlev anfører, at også normer, som ikke er forankret i rettens dybdestruktur, har en plads i en retlig argumentation: Retlige standarder skal således konkretiseres i lyset af de etiske normer, der findes i samfundet på et givet tidspunkt,<sup>61</sup> men der sker også en selektion eller sortering af hvilken etik, der bliver til ret.<sup>62</sup> Denne selektion sker på baggrund af argumentets overbevisningskraft inden for det juridiske kommunikative fællesskab.<sup>63</sup>

---

<sup>56</sup> Mette Hartlev: Fortrolighed i sundhedsretten – et patientretligt perspektiv, København, 2005, p. 52.

<sup>57</sup> Knut W. Ruyter, Reidun Førde & Jan Helge Solbakk: Medisinsk etikk – en problembasert tilnærming, Oslo, 2000, p. 80-81.

<sup>58</sup> Mette Hartlev: Fortrolighed i sundhedsretten – et patientretligt perspektiv, København, 2005, p. 52 og Klemens Kappel: *Hvordan kan man diskutere bioetiske problemer?* i Karsten Klint Jensen & Svend Andersen (red.): Bioetik, København, 1999, p. 199-239 (200).

<sup>59</sup> Mette Hartlev: Fortrolighed i sundhedsretten – et patientretligt perspektiv, København, 2005, p. 56-57.

<sup>60</sup> Henrik Zahle: Praktisk Retsfilosofi, København, 2005, p. 93.

<sup>61</sup> Jf. Ronald Dworkins fortolkningsteori, Mette Hartlev: Fortrolighed i sundhedsretten – et patientretligt perspektiv, København, 2005, p. 55.

<sup>62</sup> Mette Hartlev: Fortrolighed i sundhedsretten – et patientretligt perspektiv, København, 2005, p. 58-59.

<sup>63</sup> Mette Hartlev: Fortrolighed i sundhedsretten – et patientretligt perspektiv, København, 2005, p. 59. Se også kapitel 2 om denne selektionsmekanisme.

Det fremhæves videre om måden, hvorpå etikken kan spille en rolle i den retlige diskurs, at de etiske normer, som kan konstateres empirisk, må forstås i lyset af normative etiske teorier, ligesom normative etiske teorier oftest er påvirkede af samfundets almene værdiforestillinger. Disse almene samfundsmæssige værdiforestillinger påvirkes også af retsudviklingen og de retlige værdier. Den normative etik kan således også udgøre et fortolkningsmæssigt bidrag, når det juridiske argumentationsmateriale skal indkredses.<sup>64</sup>

## 5. Kategoriseringer af fosteret i retten

Traditionelt bruges ordet hybrid om krydsning af dyr eller planter, der tilhører hver sin art. Hybrider overskrider altså kendte *biologiske kategorier* og bliver på den måde på den ene side en helt ny art, vi skal forholde os til, og på den anden side alligevel ikke helt fremmed, da hybriden udspringer af og minder om arter, vi kender.

I retten kan det også være svært at kategorisere ”hybrider”, som krydser eller udfordrer de traditionelle *retlige kategorier*; eksempelvis juridiske personer og biologisk materiale, der stammer fra mennesker, herunder fostre.

Hvordan fosteret kategoriseres i retten, er afgørende for, hvilken retlig beskyttelse det har.

### 5.1. Mellem person og ting

”... a person cannot be property and so cannot be a thing which can be owned, for it is impossible to be a person and a thing, the proprietor and the property”<sup>65</sup>

I traditionel juridisk tænkning sondres mellem status som *person*, dvs. et individ med integritet og frihedsrettigheder, og som i kraft heraf ikke kan ejes af andre, men som kan indgå i retsforhold og derigennem være tillagt rettigheder og pålagt forpligtelser og *ting*, dvs. objekter, som personer kan råde over i fysisk eller retlig forstand. Rettigheder og pligter, der er forbundet til ting, knytter sig til den person, der har ejerskab over tingen eller regulerer retsforholdet mellem flere personer i relation til tingen.

Distinktionen mellem person og ting er en grundlæggende sontring, som har en lang retlig tradition bag sig. I romerretten sondrede man således i

---

<sup>64</sup> Mette Hartlev: Fortrolighed i sundhedsretten – et patientretligt perspektiv, København, 2005, p. 59-60.

<sup>65</sup> Immanuel Kant: Lectures on Ethics, London, 1930, p. 165.

Corpus Juris Civilis mellem *persona* og *res*, og følgelig mellem personret og tingsret.<sup>66</sup> Det var ikke alle mennesker, der blev kategoriseret retligt som personer; slaver indtog således en særlig status som både menneske og ejendom, og blev kategoriseret som *res*.<sup>67</sup> Fosteret havde en særegen status mellem en anticiperet *persona* og en *res futura*, dvs. en ting, som først senere kommer til eksistens. Det betød, at fosteret som udgangspunkt ikke havde nogen retsbeskyttelse, før det blev født.<sup>68</sup> I visse tilfælde fandt den romerretlige grundsætning *nasciturus pro jam nato habetur (quotiens de commodia ejus agitur)*<sup>69</sup> anvendelse, hvorved en formueretlig rettighed kunne anses for stiftet allerede ved befrugtningen. Fødslen var dog den nødvendige betingelse for, at rettigheden kunne realiseres, idet fosteret, ifald det ikke blev født, blev betragtet som noget, der aldrig havde eksisteret.<sup>70</sup>

Den menneskelige *krop* og dens dele kategoriseres traditionelt som en ting. Herman Scheel anfører, at ”Ogsaa det menneskelige Legeme er en Ting, hva enten det er dødt eller levende. Dette er ikke i strid med, at det levende Menneske tillige er et Retssubjekt, altsaa noget mere end en Ting. Medens det levende Menneske etter moderne Ret aldrig kan være Gjenstand for tinglige Rettigheder, er Dele, som fraskilles det levende Menneskelegeme forsaavidt ganske ligestillede med andre Ting.”<sup>71</sup> Dette udgangspunkt er, som jeg vil vende tilbage til, blevet noget modificeret i takt med, at befrugtede æg, stamceller og gener kan fraskilles den menneskelige krop.

---

<sup>66</sup> Margaret Davies & Ngaire Naffine: *Are Persons Property?*, Aldershot, 2001, p. 29 og Alain Pottage: *Introduction: The Fabrication of Persons and Things* i Alain Pottage & Martha Mundy (eds.): *Law, Anthropology, and the Constitution of the Social – Making Persons and Things*, Cambridge, 2004, p. 1-39 (4-11). Om romerretten se også Ditlev Tamm: *Dansk & Europæisk retshistorie*, København, 2001, p. 351-356.

<sup>67</sup> Se Edward Hambro: *Den romerske tingsret*, Kristiania, 1921, p. 102-103 og Ditlev Tamm: *Romerret – Indføring i udvalgte emner med romerske retskilder*, København, 1977, p. 33.

<sup>68</sup> Se *Roe v. Wade*, U.S. Supreme Court, 410 U.S. 113 (1973), afsnit VI, pr. 1.

<sup>69</sup> Den der skal fødes, anses for allerede født (hvis det for så vidt angår sin egen retsstilling kan have interesse i, at dets tilværelse regnes fra et tidligere tidspunkt end fødslen). Teorien afviser, at sætningen generelt gælder i dansk ret, da den kun er hjemlet i arveretten, se Viggo Bentzon: *Den Danske Personret*, 2. udgave, Kjøbenhavn, 1900, p. 8-11 og 16 og J.H. Deuntzer: *Kort Fremstilling af Den danske Personret* (2det Afsnit af Privatrettens almindelige Del), Kjøbenhavn, 1889, p. 7-9.

<sup>70</sup> Se hertil J.H. Deuntzer: *Kort Fremstilling af Den danske Personret* (2det Afsnit af Privatrettens almindelige Del), Kjøbenhavn, 1889, p. 7-9.

<sup>71</sup> Herman Scheel: *Forelæsninger over Norsk Tingsret*, Kristiania, 1912, p. 30-31.

Hvorvidt de kan kategoriseres som tingslige, har således været genstand for intens debat.<sup>72</sup>

I det følgende afsnit vil jeg belyse den særegne kategorisering af *fosteret* mellem person og ting.

#### 5.2. Kategorisering af fosteret i den ældre personret

I den ældre danske personret anerkendte man alle *fødte* personer som rets-subjekter. Heri lå en principiel anerkendelse af, at mennesket var en retlig personlighed, som havde evne til at have rettigheder og pligter. Mennesket kunne således ikke være genstand for ejerskab, borgerlig død<sup>73</sup> var udelukket, og alle mennesker havde samme adgang til at påkalde sig retsordenens beskyttelse af deres rettigheder<sup>74</sup> (lighedsprincip). *Ting* eller goder kunne også være retligt beskyttede gennem den retlige kategori *juridisk person*. Denne kategorisering forklarede man sådan, at retsordenen personificerede noget upersonligt som en *fiktiv* person. Man anså dog al retsbeskyttelse for kun at være til for menneskers skyld, og denne personificering af det upersonlige var derfor ”i sidste Instans kun ... en Form for menneskelig Nydelse”.<sup>75</sup>

Det at blive kategoriseret retligt som et menneske eller en person var altså afgørende for, om man ”talte” som en retlig personlighed og havde en grundlæggende retsbeskyttelse.<sup>76</sup>

Borum anfører, at retsevne efter dansk ret tilkommer enhver, men at retsordenen bestemmer retsevnen og fastsætter de personlige betingelser, der kan knyttes til adgangen for at indtræde som retssubjekt i et retsforhold.<sup>77</sup> Rets-evnen opfattes ikke som en medfødt menneskerettighed, der gælder i samme omfang uden hensyn til retssubjekternes ulige egenskaber, om end Borum

---

<sup>72</sup> Det gælder eksempelvis spørgsmålet om, hvorvidt dele af det menneskelige legeme eller den menneskelige arvemasse kan patenteres, se nærmere Malene Rowlandson Stokholm: Patent Law, Biotechnology and Ethical Considerations, ph.d. afhandling, Syddansk Universitet, 2008.

<sup>73</sup> Borgerlig død var i ældre fransk ret (jf. eksempelvis Code Napoléon) en retsvirkning knyttet til visse livsvarige fængselsstraffe. Herefter blev den dømte fuldstændig retsløs: vedkommendes formue faldt ved borgerlig død i arv, den dømte kunne ikke indgå retshandler, modtage arv eller indgå ægteskab og allerede indgåede ægteskaber blev opløst. Straffen kan sammenlignes med den ældre danske straf fredløshed, der medførte lignende retsvirkninger.

<sup>74</sup> O.A. Borum: Personretten, København, 1942, p. 1-2.

<sup>75</sup> J.H. Deuntzer: Kort Fremstilling af Den danske Personret (2det Afsnit af Privatrechts almindelige Del), Kjøbenhavn, 1889, p. 5-6.

<sup>76</sup> At man har almindelig retsevne, kan således, jf. diskussionen i kapitel 2, betegnes som en præjudiciel kvalifikation af personens status.

<sup>77</sup> O.A. Borum: Personretten, København, 1942, p. 1-2.

anerkender, at tendensen er gået i retning af at kræve færrest mulige betingelser for adgangen til at indtræde i forskellige retsforhold. At retsevne tilkommer alle fødte mennesker betyder, at alle mennesker har en almindelig retsevne. Hvis der ikke er opstillet positive betingelser for et specifikt retsforhold, er muligheden altså åben for alle mennesker til at være retssubjekt i et retsforhold. Derimod kan den specielle retsevne, altså evnen til at have en bestemt subjektiv rettighed eller forpligtelse, knyttes til personlige egenskaber eller kvalifikationer. Af personlige egenskaber, der gennem tiden har haft en betydning, kan nævnes alder, køn, medlemskab af et trossamfund, indfødsret, uddannelse, agtelse, økonomisk vederhæftighed,<sup>78</sup> ægteskab og tyendestilling.<sup>79</sup>

At være et retssubjekt, der har speciel retsevne, er knyttet til det at have faktisk handleevne, som kan defineres som evnen til at varetage egne anliggender på en fornuftsmæssig måde og have den fornødne dømmekraft i en given situation. Heri ligger, at man kan overskue en situation, kan vurdere forskellige valgmuligheder og overskue konsekvenserne.<sup>80</sup> Umyndige, børn og voksne inhabile kan således godt efter denne forståelse kategoriseres som retlige personligheder, idet de som fødte mennesker er tillagt almindelig retsevne, blot kan det være nødvendigt at varetage deres retsstilling i specifikke retsforhold gennem regler om værgemål og forældremyndighed. At en afdød også kategoriseres som et beskyttelsesobjekt i medfør af straffelovens bestemmelser om krænkelse af gravfred og usømmelig omgang med lig, opfattes af Borum *"som en naturlig Beskyttelse for Personligheden i videre Forstand"*.

Medmindre der er positiv hjemmel for det modsatte, kategoriseres fosteret traditionelt først som en person (retssubjekt), når retsevnen indtræder. Dette sker, når fødselsakten er afsluttet og barnet er levende født. I Borums fremstilling af personretten defineres en fuldbyrdet fødsel sådan, at barnet har vist selvstændigt liv uden for moderen, fx ved at have åndet, åbnet øjnene eller hjertet har slået. Dog er der ikke krav om at forbindelsen gennem navlestrengen er ophørt. Der stilles ikke krav om, at barnet har leveevne, er det ikke levedygtigt, men har givet livstegn fra sig, er retsevne opnået.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> O.A. Borum: Personretten, København, 1942, p. 2-7.

<sup>79</sup> J.H. Deuntzer: Kort Fremstilling af Den danske Personret (2det Afsnit af Privatrettens almindelige Del), Kjøbenhavn, 1889, p. 7.

<sup>80</sup> Om handleevne, se Dorthe Vennemose Buss: Værgemål – og andre former for repræsentation, 2. udgave, København, 2003, p. 14. Se dog senere nedenfor om Alf Ross' distinktion mellem rettigheds- og pligtevne. At have faktisk handleevne er formentlig stærkere knyttet til pligtsiden end rettighedssiden.

<sup>81</sup> O.A. Borum: Personretten, København, 1942, p. 10-11.



Fosteret blev dog traditionelt også ydet en vis retsbeskyttelse, fx i medfør af straffebestemmelserne om svangerskabsafbrydelse, idet beskyttelsen dog knyttedes til ”*det vordende menneske*” og ”*den tilstedeværende spires udvikling*” og ikke til fosteret i sig selv, da det ikke har almindelig retsevne<sup>82</sup> og før fødslen ikke eksisterer som menneske.<sup>83</sup> Det menneskelige foster blev altså kategoriseret på en særlig måde, som ikke umiddelbart kunne sammenlignes eller ligestilles med hverken mennesker, dyr eller ting.<sup>84</sup>

Denne særlige retsbeskyttelse afspejlede sig i, at lovgivningen ikke blot drog omsorg for eksisterende, påviselige mennesker, men også kunne tage hensyn til ”*det ufødte eller upaaviselige, nemlig ved at holde en Adgang åben for dem til Nydelse af visse Goder. Døren eksisterer imidlertid kun i tanken, så længe personen ikke er født.*”<sup>85</sup> Selvom hverken et foster eller en afdød var anerkendt som en retlig personlighed i den ældre personretlige teori, eftersom de ikke havde almindelig retsevne, kan man altså alligevel se, at det blev kategoriseret som noget, der skulle ydes beskyttelse. Beskyttelsen af fosteret synes både at hvile på et *potentialitetssynspunkt*, hvor der holdes en dør åben for det vordende menneskeliv, og på en *afledt status*, hvor personligheden i videre forstand opfattes som beskyttelsesværdig af hensyn til mere principielle betragtninger om menneskelivets ukrænkelighed.

I det følgende vil jeg uddybe den retlige kategorisering af fosteret ved at fremdrage forskellige bidrag eller tilgange, der har udfordret eller kan udfordre den traditionelle klassifikation.

### 5.3. Forsøg på nye kategoriseringer

At fødslen traditionelt blev set som et retsskabende faktum, er blevet udfordret på forskellig vis, navnlig af Alf Ross, Inger Dübeck og Lars Adam Reholf m.fl.

---

<sup>82</sup> O.A. Borum: Personretten, København, 1942, p. 12 og 16 og J.H. Deuntzer: Kort Fremstilling af Den danske Personret (2det Afsnit af Privatrettens almindelige Del), København, 1889, p. 8.

<sup>83</sup> Viggo Bentzon: Den Danske Personret, 2. udgave, København, 1900, p. 8.

<sup>84</sup> Viggo Bentzon anfører, at det er indlysende at kun mennesker kunne være subjekter for en rettighed eller forpligtelse, og at kun med hensyn til dyr kan der rent undtagelsesvist være spørgsmål om ikke også de kunne være subjekter for rettigheder, jf. fx straffen for dyrplageri. Selv her må det dog ifølge Bentzon antages ”at være alene de menneskelige interesser man vil beskytte”, Den Danske Personret, 2. udgave, København, 1900, p. 2.

<sup>85</sup> J.H. Deuntzer: Kort Fremstilling af Den danske Personret (2det Afsnit af Privatrettens almindelige Del), København, 1889, p. 6.

### 5.3.1. Alf Ross

I den ældre personretlige litteratur er status som retssubjekt og indehaver af rettigheds- og pligtevne, som nævnt ovenfor, sammenfaldende. Et foster opnår således først retsevne, når fødselsakten er afsluttet og barnet er levende født, idet kun (fødte) mennesker personificeres som værende berettigede og forpligtede.

Alf Ross udfordrer denne påstand – den er uholdbar, fordi den hviler på en moralsk-metafysisk forestilling om mennesket som universets centrum og alle tings mål:

”Den metafysiske forestilling om rettigheden som en *moralsk-åndelig kraft* fører til et dogmatisk postulat om, at *kun mennesker* (og juridiske personer) har evne til at være rettighedssubjekt. Dette dogme, der af de fleste betragtes som en selvindlysende sandhed, udspringer øjensynligt af en moralsk-metafysisk forestilling om mennesket som universets centrum og alle tings mål. Det forbindes gerne med den lige så uholdbare dogmatiske påstand om, at *ethvert* menneske er retssubjekt.”<sup>86</sup>

Dette synspunkt kan man knytte til den klassiske positivistiske definition af det retlige personbegreb som en social konstruktion: ”A legal person is the unity of a complex of legal obligations and rights. Since these obligations and rights are constituted by legal norms, the problem of 'person' is in the last analysis the problem of the unity of a complex of norms ... The so-called physical person, then, is not a human being, but the personified unity of the legal norms that obligate or authorise one and the same human being. It is not a natural reality but a social construction, created by the science of law – an auxiliary concept in the presentation of legally relevant facts. In this sense a physical person is a juristic person.”<sup>87</sup>

En retlig person er altså en arbitrær skabning, og ordet person er en måske lidt misvisende benævnelse for enhver entitet, som retten har tillagt rettigheder eller pligter.

Personretten arbejdede traditionelt med begrebet retsevne i betydningen af evnen til at være bærer af rettigheder og pligter, som to korrelate modstykker. Status som retssubjekt og rettighedsindehaver/pligtsubjekt var således sammenfaldende. At rettighed og pligt blev opfattet som to sider af samme mønt, der ikke kunne skilles ad, blev kritiseret af Alf Ross. Han mente, at begrebet hviler på den falske forudsætning, at ”*Rettighed og Pligt er korre-*

---

<sup>86</sup> Alf Ross: Om ret og retfærdighed, København, 1971, p. 219 og note 8.

<sup>87</sup> Hans Kelsen: Pure Theory of Law, Berkeley, 1967, p. 173-174.

*late Modstykker, mystiske Kvaliteter fremkaldt af Retsordenen i dens Subjekter, og Retsevnen derfor én og udelt i de to Relationer*". Ross anfører, at det er nødvendigt at opspalte retsevnebegrebet i henholdsvis pligtevne og rettighedsevne. Fostre og dyr nævnes som mulige rettighedssubjekter, der ikke også kan være bærer af en pligt.<sup>88</sup>

Ross åbner altså for en retlig kategorisering af fosteret på to fronter: dels ved at fastslå, at kategoriseringen ikke sker uden for retten (fx i etiske kategoriseringer), men skabes *af* retten, og dels ved at opspalte retsevnebegrebet. Herved udfordres opfattelsen af fødslen som et retsskabende faktum, og hybrider kan dermed også kategoriseres retligt.

#### 5.3.2. Inger Dübeck

Inger Dübeck, der har skrevet en af de nyere personretlige fremstillinger, tager udgangspunkt i den ældre personretlige teori, hvorefter retssubjektiviteten er knyttet til personer, og betegner det at have retsevne som omfattende dels retten til at varetage egne anliggender (autonomi), dels pligten til at varetage andres anliggender (fx handlepligt, hjælpepligt, omsorgspligt).<sup>89</sup> At en vis grad af autonomi er forudsat som en betingelse for at blive kategoriseret retligt som person, afspejler altså en dybereliggende opfattelse af, at en retlig person er noget, der klart kan adskilles fra andre retlige personer, og som kan gøre sine rettigheder gældende over for andre.

Som en måde at kategorisere fosteret på i personretten introducerer Inger Dübeck<sup>90</sup> således begrebet *beskyttelsesværdigt interessesubjekt*. Fosteret har efter denne udlægning, på linje med den ældre personret, ikke almindelig retsevne og kan i øvrigt ikke selv gøre sine interesser gældende. Hun anfører derfor, at de bør behandles som umyndige og som interessesubjekter, der har en forældremyndighedsindehaver til at varetage deres personlige anliggender og en værge til at varetage deres formueretlige interesser. Der er altså en anden person, der skal handle som dispositions- og påtalesubjekt.

Om denne model, der søger at yde fosteret retsbeskyttelse gennem en kategorisering som interessesubjekt, hvis interesser må varetages af forældremyndighedens indehaver eller værgen, kan overføres direkte til relationen mellem kvinde og foster, rejser dog en række spørgsmål, som adskiller sig fra andre situationer og de andre relationer, som Inger Dübeck paralleliserer

---

<sup>88</sup> Alf Ross: Lærebog i folkeret, almindelig del, 2. udgave, København, 1946, p. 122 note 1.

<sup>89</sup> Inger Dübeck: Personers rettigheder – om individets fysiske og psykiske integritet, selvbestemmelsesret og identitet, København, 1997, p. 40-52.

<sup>90</sup> Inger Dübeck: Personers rettigheder – om individets fysiske og psykiske integritet, selvbestemmelsesret og identitet, København, 1997, p. 76.

til. Der kan således i højere grad være grundlæggende og modsatrettede rettigheder, hensyn og interesser på spil som følge af den kropslige forbundethed mellem kvinde og foster.

### 5.3.3. *Lars Adam Rehof*

Jørgen Rønnow Bruun, Nina Lassen og Lars Adam Rehof skitserer i artiklen *Fosterets retsstilling* fra 1985<sup>91</sup> den ældre personrets kategorisering af fosteret og nævner eksempler på retsregler, der anticiperer en retlig tilværelse for børn, der ventes født. Personretten bygger efter deres opfattelse på en grundlæggende forståelse af, at fosteret udvikler sig til et barn, og retsreglerne kan siges at anticipere denne tilstand.<sup>92</sup>

Forfatterne anfører, at de personretlige fremstillinger savner en nærmere drøftelse af påstanden om, at et foster ikke uden særlig hjemmel kan have retsevne. Det samme gælder den ældre personretlige teoris påstand om, at kun mennesker kan være berettigede og forpligtede, idet tidspunktet for retsevns indtræden ved fødslen bygger på forældede synspunkter. Også Deuntzers formulering af, at livet før fødslen kun eksisterer i tanken, forkastes af disse forfattere med henvisning til, at den moderne lægevidenskabelige teknologi ganske har udvisket fødselsbegrebet som et anvendeligt tidsmæssigt kriterium.<sup>93</sup> Artiklen argumenterer herefter *de lege ferenda* for, at der på daværende tidspunkt savnedes regulering af forsøg på fostre, og at fosteret må betragtes som et *selvstændigt beskyttelsesobjekt*.<sup>94</sup>

### 5.3.4. *Rettigheder som kategoriseringsinstrument*

Diskussionerne om kategoriseringen af fosteret foregår i høj grad i en rettighedspræget diskurs. En person opfattes traditionelt som en rettighedsindehaver. Om fosteret også kan have rettigheder, diskuteres derfor ofte som et spørgsmål om, hvorvidt *fosteret kan siges at være en person*, idet kategorien person, som tidligere belyst giver en af de mest betydningsfulde statusser i retten. Inden for etikken har Judith Jarvis Thomson som tidligere nævnt netop taget udgangspunkt i, at fosteret var en person med henvisning til, hvor svært det er entydigt at fastslå, om fosteret må kategoriseres som en person eller ej. Den traditionelle personretlige opfattelse tager også ud-

---

<sup>91</sup> Jørgen Rønnow Bruun, Nina Lassen og Lars Adam Rehof: *Fosterets retsstilling* i UfR 1985B.180-192.

<sup>92</sup> Jørgen Rønnow Bruun, Nina Lassen og Lars Adam Rehof: *Fosterets retsstilling* i UfR 1985B.180-192 (187).

<sup>93</sup> Jørgen Rønnow Bruun, Nina Lassen og Lars Adam Rehof: *Fosterets retsstilling* i UfR 1985B.180-192 (187 og 190).

<sup>94</sup> Se i øvrigt også Lars Adam Rehof: *Behandling af og forsøg på fostre*, København, 1989, der opstiller et udkast til regelsæt om behandling af og forsøg på fostre.

### Kapitel 3

gangspunkt i retssubjektet (personen) og definerer, hvad der skal til, for at man overhovedet er i stand til at være indehaver af rettigheder.

Jeg vil her introducere en anden måde at anskue problemstillingen på, da det som nævnt er svært for den traditionelle personretlige opfattelse at kategorisere hybrider som fostret, fordi spørgsmålet om, hvornår man er i stand til at have rettigheder, knytter sig til diskussionen om, hvornår man er en *person* eller kan blive personificeret som en person.

Den britiske filosof Mary Warnock<sup>95</sup> anfører, at enhver, der søger at opstille faktuelle eller videnskabelige kriterier for personbegrebet, uafværgeligt vil støde på problemer, når fx nyfødte, spædbørn, demente o. lign. skal indpasses i kriterierne. Person-status kan ikke fastslås ved at afdække faktum og deducere resultatet – det er derimod samfundet, der beslutter, hvem der tilskrives status. Hun henviser til, at begrebet ”person” derfor med John Lockes udtryk bliver et retsteknisk udtryk (*”a forensic term”*),<sup>96</sup> der er forbundet med afgørelsen af, hvem der har rettigheder. Status som person og som rettighedsindehaver er således sammenfaldende.

En mere frugtbar tilgang kunne således være at fokusere på kategorien rettighedsindehaver frem for kategorien person.<sup>97</sup> Da det at have retlig beskyttelse er forbundet med enten det at have rettigheder eller det at have retligt beskyttede interesser, vil jeg her se nærmere på rettighedsbegrebet og pege på den udvikling, der er sket i dette begreb. Jeg vil altså fokusere på *rettighedsbegrebet og -konstruktionen* frem for *personbegrebet* for at se, om denne tilgang i højere grad vil være i stand til at have blik for de retlige hybrider, som hverken kan kategoriseres som en fysisk eller juridisk person.

Brugen af rettigheder har fået en stadig mere central rolle, både i de generelle menneskerettigheder og i specifikke rettigheder møntet på fx kvinder, børn og minoriteter. Rettighedskonstruktionen er altså blevet brugt offensivt til navnlig at skabe lighed for forskellige individer og persongrupper. Dette

---

<sup>95</sup> Mary Warnock: *An Intelligent Person's Guide to Ethics*, London, 1998, p. 55. Mary Warnock lagde navn til den britiske Warnock komité, hvis rapport fik stor indflydelse på den etiske og retlige kategorisering af fosteret i Storbritannien, jf. nærmere kapitel 7. Et dansk eksempel på den rettighedsprægede diskurs findes fx i Jørgen Rønnow Bruun, Nina Lassen og Lars Adam Rehof: *Fosterets retsstilling* i UfR 1985B.180-192.

<sup>96</sup> John Locke: *An essay concerning human understanding*, edited by P.H. Nidditch, Oxford, 1975, Book II, Chapter XXVII, section 26, p. 346-347.

<sup>97</sup> Denne tilgang henter således inspiration fra den positivistiske tilgang i den forstand, at der tages udgangspunkt i rettigheden, som noget der konstruerer personen.

argument om *"the expanding circle"*<sup>98</sup> bruger Søren Stig Andersen i relation til, om dyr kan tillægges rettigheder.<sup>99</sup> Men at man bruger rettighedskonstruktionen til yde retsbeskyttelse til individer, der i forvejen kategoriseres som personer, er ikke i sig selv et argument for, at nye grupper – der ikke karakteriseres som personer – også skal omfattes af *"the expanding circle"*. Der må man mere grundlæggende belyse, hvordan man kan definere en rettighed, idet rettighedsbegrebet måske i sig selv kan pege på, hvem det skaber rettighedspositioner for.

Bentzon karakteriserer rettigheden som et retligt beskyttet gode, der ofte fremtræder som et område, hvor personens råden nyder retsbeskyttelse imod andres indgriben. Forpligtelsen er det bånd på handlefriheden for, hvad man må gøre og undlade for rettighedens skyld.<sup>100</sup> En rettighed defineres således negativt, som en frihed andre ikke må gribe ind i.

Alf Ross definerer rettighedsbegrebet som et fremstillingsteknisk hjælpemiddel, som retsvidenskaben bruger til at beskrive retten, sådan som den tegner sig for den begunstigede. Rettighed bruges således deskriptivt om et vist retsindhold.<sup>101</sup> Efter Alf Ross' opfattelse af rettighedsbegrebet er påtalemagten en forudsætning og et centralt moment i rettighedsbegrebets funktion, og derved knyttet til individets autonome selvhævdelse. Stillingen som subjekt i forskellige relationer, som henholdsvis interesse-, påtale- og dispositionssubjekt, kan i atypiske situationer være adskilt og fordelt på forskellige hænder, og en rettighed kan derfor være delt i nydelsen og bestyrelsen. At dyrs interesser kan varetages gennem en rettighed, anerkendes således som eksempel.<sup>102</sup>

I den nyere juridiske litteratur er der eksempler på, at rettighedsbegrebet opfattes ganske bredt. Jens Elo Rytter anfører således, at rettigheder *"formentlig forstås som en samlebetegnelse for individets eller en gruppes retligt beskyttede interesser"*.<sup>103</sup> Selvom et individ ikke defineres nærmere, og derfor

---

<sup>98</sup> Jf. Peter Singer: *The Expanding Circle: Ethics and Sociobiology*, New York, 1981.

<sup>99</sup> Om dyr også kunne have retlig status og tildeles rettigheder, var genstand for en ophedet debat i Juristen, se Søren Stig Andersen: *Dyrs rettigheder* i Juristen nr. 7/1998 p. 249-267 og *Dyrs rettigheder – et svar* i Juristen nr. 3/1999 p. 126-127, Erik B. Neergaard: *Kan dyr have rettigheder?* i Juristen nr. 10/1998 p. 415-416 og *Et gensvar om dyrs rettigheder* i Juristen nr. 6/1999 p. 252.

<sup>100</sup> Viggo Bentzon: *Den Danske Personret*, 2. udgave, København, 1900, p. 1.

<sup>101</sup> Alf Ross: *Om ret og retfærdighed*, København, 1971, p. 211-212.

<sup>102</sup> Alf Ross: *Om ret og retfærdighed*, København, 1971, p. 213-221.

<sup>103</sup> Jens Elo Rytter: *Grundrettigheder – nogle almene betragtninger* i Retsvidenskabeligt Institut B, Københavns Universitet, Årsskrift: *Grundrettigheder*, København, 2000, p. 1-19.

### Kapitel 3

i første omgang synes at ekskludere hybrider som fosteret fra definitionen, så synes rettighedsbegrebet på den anden side at favne bredt, idet han yderligere anfører, at rettigheden både kan være en eksplicit rettighed eller en refleks af andres pligt. Pligten kan enten bestå i ikke at gribe ind i individets frihed eller kompetence eller bestå i at stille handlinger eller ydelser til rådighed for individet. En rettighed defineres således ikke blot negativt som af Bentzon, men også som noget positivt, der tilkommer rettighedsindehaveren.

I bekendtgørelse nr. 1336 af 30. november 2007 om underretningspligt over for kommunen efter lov om social service er der fastsat regler om underretning af kommunen i situationer, hvor en gravid kvinde har så alvorlige misbrugsproblemer, at der er en sundhedsrisiko for det kommende barn.<sup>104</sup> Dette er et eksempel på, at fosteret opnår en retsbeskyttelse, der fremtræder som et krav til andre – en refleks af en andens pligt. Ligeledes Betænkning nr. 985 om forældremyndighed og samvær afgivet af en arbejdsgruppe under justitsministeriet, København, 1983 der anfører p. 60-61, at ”arbejdsgruppen har drøftet, om der i selve lovteksten bør ske en uddybning og nærmere præcisering af indholdet af forældremyndigheden, især vedrørende *de pligter*, der påhviler forældremyndighedens indehaver, og *de deraf flydende rettigheder* for barnet” (min udhævning).

Til eksemplificering af det bredere rettighedsbegreb nævner Jens Elo Rytter straffelovgivningen, der fastsætter straf for visse handlinger. Herved markeres, at sådanne handlinger er forbudt i vores retsorden; men derved impliceres også samtidig en grundlæggende ret for individet til ikke at blive fx dræbt eller voldtaget.<sup>105</sup>

En rettighed kan således have forskellige *fremtrædelsesformer* ud over den eksplicitte fastsættelse, der fremstår som fx krav, tilladelse eller adgang til goder/ydelser, den kan også være refleksvirkningen af pligt; den kan fremtræde som fravær af forbud eller som en sanktion. En rettighed behøver ikke at være krystalklart formuleret: den kan også komme til udtryk i principper, værdier og generelle retsgrundsætninger, ligesom den kan være formuleret som et skøn, hvor en konkret og individuel vurdering bestemmer, om der består en rettighed. At retspositioner, der beror på et skøn, også er omfattet af rettighedsbegrebet fremgår også af praksis fra EMD.<sup>106</sup> Rettighedens

---

<sup>104</sup> Se nærmere Mette Hartlev: Fortrolighed i sundhedsretten – et patientretligt perspektiv, København, 2005, p. 581.

<sup>105</sup> Jens Elo Rytter: *Grundrettigheder – nogle almene betragtninger* i Retsvidenskabeligt Institut B, Københavns Universitet, Årsskrift: Grundrettigheder, København, 2000, p. 3.

<sup>106</sup> Mennitto v. Italy, application 33804/96 af 5. oktober 2000, pr. 25-28. Eftersom EMRK skal forstås som en helhed, vil denne opfattelse af rettighedsbegrebet formentlig smitte af på opfattelsen af alle konventionens rettigheder.

form kan også vise sig i fremadrettede strategier for fremmelse og udvikling af rettighederne, fx som det er tilfældet efter EMRK i form af en kommissær, der i øvrigt i sine årsberetninger og besøgsrapporter søger at påpege relevante problemstillinger i forhold til denne forpligtelse, om end der ikke formelt er nogen sanktion knyttet til en ikke-overholdelse for staten, indtil en konkret sag fx medfører, at staten idømmes erstatning til det krænkede individ. Rettigheder kan altså qua deres forskellige fremtrædelsesformer yde retsbeskyttelse til fosteret. Det er dog ikke ensbetydende med, at fosteret i kraft af en rettighedsposition står stærkere, fx i sammenstødet med kvindens rettigheder:

Alle retssubjekter har *ikke* nødvendigvis de *samme rettigheder*: børn har ingen stemmeret, og demente under økonomisk værgemål har ingen økonomiske rettigheder. Fødslen kan have en betydning som en retsstiftende begivenhed, men andre ting kan også have en betydning, fx at fylde 18 år. Antallet og omfanget af rettigheder kan altså veksle for et retssubjekt/interessesubjekt, og det er kendetegnende, at man kan udøve sine rettigheder eller gøre sine interesser gældende, eventuelt ved en andens mellemkomst eller via en andens forpligtelse, selvom man ikke nødvendigvis har retlig handleevne.

Rettigheders *styrke* afhænger af, i hvilket omfang de kan håndhæves, enten i den traditionelle forstand, dvs. ved at man kan opnå dom eller modtage erstatning fra den forpligtede, eller i den forstand, at fx en pligtforskrift er fulgt af bestemmelser om sanktioner, kontrol eller tilsyn. Et andet eksempel kunne være EMRK, hvor rettigheder ikke blot beskyttes ved, at individet er tillagt påtalesubjektivitet (jf. art. 34), men også ved en forpligtelse for staterne til at tilvejebringe beskyttelse af rettighederne (jf. art. 1).

Styrken kan også være relativ, fordi rettigheden kan indgå i et sammenstød eller en afvejning med andre(s) rettigheder, ligesom rettigheden kan være formuleret således, at der er mulighed for at gøre indgreb i rettigheden under nærmere anførte betingelser. EMRK art. 8 er et eksempel på en relativt formuleret bestemmelse. At EMD's prøvelse i øvrigt sker på baggrund af en dynamisk fortolkning, hvor staterne i nogle tilfælde også har en vis *margin of appreciation*, fordi der fx er tale om et område som abort, hvor der ikke eksisterer en fælleseuropæisk standard eller konsensus, og staterne derfor er overladt et vist råderum til at finde den løsning, der stemmer bedst overens med de nationale retstraditioner og moralske opfattelser, medfører i sig selv også, at rettighedens indhold ikke altid er statisk, men kan udvikle sig over tid, og indeholde mere eller mindre beskyttelse.



### Kapitel 3

Rettighedens styrke er heller ikke nødvendigvis stærkere af, at rettighedsindehaveren har retsevne, idet mange rettigheder må udfolde sig inden for det fællesskab man indgår i – det kan fx være kvindens ret til at få abort, der skal afvejes med sundhedspersonens ret til af etiske eller religiøse årsager at nægte at medvirke til abort – eller rettighederne må udfolde sig i *konkurrence* med andre rettigheder, der kan være mere tungtvejende.

Rettighedsbegrebet hænger i sin stærkeste form dels sammen med evnen til at *gøre rettigheden gældende* som påtalesubjekt, altså opnå domfældelse over den forpligtede, dels med om der er effektive sanktioner (fx i form af erstatning) der beskytter rettigheden. Det vil således have en betydning, i hvilket omfang, den begunstigede kan disponere over rettigheden og håndhæve den ved påtale.<sup>107</sup> Som Alf Ross udtrykker det om rettighedsbegrebets funktion:<sup>108</sup> ”*Det udtrykker en retssituation der medfører ikke blot en fordelagtig position for den berettigede der kan nydes passivt, men også en magt til at hævde – eller opgive – denne position efter forgodtbefindende. Denne magt består naturligvis ikke i nogen mystisk kraft, hvormed retsordenen udstyrer rettighedens subjekt, men betyder simpelthen, at retsmaskineriet og de tvingende kræfter der udfoldes gennem dette udløses på den berettigedes foranledning.*” At man knytter adgangen til at opgive sin rettighed som et karakteristikon ved rettighedsbegrebet, er dog problematisk i den forstand, at nogle rettigheder er så fundamentale, at man ikke kan opgive eller give afkald på dem, fx kan de ikke tilsidesættes af et (diskulperende) samtykke.

Drab efter begæring er således strafbart for gerningsmanden, da man ikke kan give samtykke til at blive berøvet livet, jf. straffelovens § 239.<sup>109</sup> Der er også enkelte eksempler på, at EMD har forkastet denne viljesbaserede opfattelse af en rettighed.<sup>110</sup>

Mette Hartlev nævner den franske ”dværgkastningssag” fra 1995, som kan ses som eksempel på, at den menneskelige værdighed heller ikke kan tilsidesættes uanset et eksplicit ønske herom. I forbindelse med et forlystelsesarrangement havde politiet nedlagt

---

<sup>107</sup> Inger Dübeck: Personers rettigheder – om individets fysiske og psykiske integritet, selvbestemmelsesret og identitet, København, 1997, p. 57.

<sup>108</sup> Alf Ross: Om ret og retfærdighed, København, 1971, p. 213.

<sup>109</sup> Man kunne dog også argumentere for, at forbuddet ikke er begrundet i fundamentale rettigheder såsom menneskelivets ukrænkelighed, men at individets autonomi på dette område er indskrænket, fordi man ikke anser et sådant ønske for at kunne være et autentisk, autonomt ønske.

<sup>110</sup> Se fx Laskey, Jaggard & Brown v. UK, application nos. 21627/93; 21826/93; 21974/93 af 19. februar 1997 om en række voldelige handlinger som led i sadomasochistiske aktiviteter, pr. 44-47.

forbud mod at der blev foretaget dværgkastning. En af de involverede dværge klagede over forbuddet med henvisning til, at det var hans levebrød, at han deltog frivilligt, og at det gav ham mulighed for at være i kontakt med andre dværge. Conseil d'État fandt i sin afgørelse, at dværgen kompromitterede sin egen værdighed ved at reducere sig til en ting, og at dværgkastning således – uanset dværgens accept – indebar en krænkelse af den menneskelige værdighed.<sup>111</sup>

At håndhævelsen er central for en rettigheds styrke, kan også betyde, som Aslak Syse anfører, at rettigheder let kan blive papirbestemmelser – ikke mindst når rettighedshaverne er ressourcesvage på den måde, at de vanskeligt kan varetage deres egne interesser. Han anfører derfor, at rettigheder også må kunne varetages med formelle procedurer, bl.a. ved ansvarsregler, krav til kvalitetssikring og sanktionsregler, ligesom det fremhæves, at professionsetiske regler også kan være et middel til beskyttelsen af en rettighed.<sup>112</sup> Det er også værd at være opmærksom på det, Peter Blume kalder automatiske rettigheder og ikke-automatiske rettigheder. Førstnævnte er refleksionen af den forpligtedes pligt over for rettighedsindehaveren, mens sidstnævnte forudsætter et initiativ. Særligt de ikke automatiske rettigheder kan være med til at skabe en illusion om rettighedssikring, idet rettighederne i praksis ikke vil blive benyttet, fx af ressourcesvage, i det omfang lovgivningen er baseret på.<sup>113</sup>

I den bredere opfattelse af rettighedsbegrebet, der er skitseret ovenfor, vil det ikke være afgørende, om rettighedsindehaveren har retsevne eller selv kan optræde som påtalesubjekt, idet rettigheden også kan flyde af pligtsiden eller være knyttet til forskrifter såsom krav eller tilladelse, hvor fx en udenforstående instans drager omsorg for rettigheden.

Ronald Dworkin anfører, at der er to forskellige tilgange til fosterets status (i relation til abort). Den mest udbredte og misforståede position bygger på, at fosteret er en person og dermed har samme rettigheder og interesser som en person. Denne opfattelse forkastes af Ronald Dworkin, der i stedet mener, at kategoriseringen af fosteret som noget, der ydes retsbeskyttelse, hviler på, at det har en iboende værdi, som findes på alle stadier af menneskeligt liv.<sup>114</sup> Fosteret kan således godt kategoriseres som et beskyttelsesobjekt,

---

<sup>111</sup> Conseil d'État (Octobre 27, 1995) req. nos. 136-727 (Commune de Morsang-sur-Orge) & 143-578 (Ville d'Aix-en-Provence), se Mette Hartlev: Fortrolighed i sundhedsretten – et patientretligt perspektiv, København, 2005, p. 83-84 og note 118.

<sup>112</sup> Aslak Syse: Rettsikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmete – Rettigheter, vern og kontroll som rettslige virkemidler, Oslo, 1995, p. 186f

<sup>113</sup> Peter Blume: Databeskyttelsesret, 3. udgave, København, 2008, p. 271-273.

<sup>114</sup> Ronald Dworkin: Life's Dominion, New York, 1993, p. 12.

### Kapitel 3

uden at det nødvendigvis dermed opnår samme rettighedspositioner som den gravide kvinde.

Om fosteret er tillagt eller kan/bør tillægges retsevne, rejser en mængde problemstillinger. Det anføres undertiden, at fosteret ikke kan opfattes som et retssubjekt, eftersom det ville betyde, at det havde en ret til livet, og dermed ville kvindens ret til autonomi blive væsentligt stækket.<sup>115</sup> Som det blev diskuteret tidligere ovenfor, forholder det sig dog ikke sådan, at alle, der kategoriseres som en retlig person, har de samme rettigheder. Mange rettigheder er betinget af forskellige egenskaber. Den specielle retsevne kan således være betinget af fx krav om alder eller habilitet. Det at være kategoriseret som en retlig person kan altså være et fleksibelt begreb.

Fosteret kan ikke umiddelbart sammenlignes med hverken et barn eller en umyndig, idet fosteret er en del af kvindens krop. Det kan derfor være svært for fosteret at opnå retsbeskyttelse, hvis man forsøger at klassificere det inden for det allerede eksisterende personretlige begrebsapparat. Rettighedsbegrebet har nemmere ved at favne retlige hybrider som fosteret, fordi diskussionen i denne kontekst ikke tager udgangspunkt i spørgsmålet om, hvem der kan anses for at være en person. Rettighedsperspektivet rejser dog andre problemstillinger, der i en vis grad kan sammenlignes med de problemstillinger, som gør sig gældende for resourcesvage grupper, men som også er særegne grundet den særlige kropslige forbundethed mellem foster og kvinde.

Det kan derfor være nødvendigt at give plads for retlige hybrider som fosteret som en selvstændig begrebskategori (*casus sui generis*).<sup>116</sup> At fosteret har en særegen retlig status, der kan være dynamisk og relativ, er også udtalt af EMD:

*"At best, it may be regarded as common ground between States that the embryo/foetus belongs to the human race. The potentiality of that being and its capacity to become a person – enjoying the protection under civil law, moreover in many States, such as France, in the context of in-*

---

<sup>115</sup> Wieslaw Lang: *The Status of the Human Embryo* i Criminal Law Forum, vol. 3, no. 3, Spring 1992, p. 419-440 og Emma Cave: *The Mother of All Crimes – Human Rights, Criminalization and the Child Born Alive*, Aldershot, 2004, p. 13.

<sup>116</sup> Se den britiske sag Attorney-General's Reference (No. 3 of 1994) [1998] AC 245 "the foetus does not ... have any relevant type of personality but is an organism sui generis" og Karl Harald Søvig: *Tvang overfor rusmiddelafhængige – sosialtjenesteloven §§ 6-1 til 6-3*, Bergen, 2007, p. 104, der også henviser til dette udtryk.

*heritance and gifts ... require protection in the name of human dignity, without making it a "person" with the "right to life" for the purposes of Article 2.*"<sup>117</sup>

## 6. Sammenfattende om etisk og retlig kategorisering

Mens der i etikken er uenighed om kategoriseringen af fosteret, er der som nævnt ovenfor i den ældre personret enighed om, at fosteret kan være en mulig rettighedsindehaver, men kun i anticiperet form for at give retsbeskyttelse til det *barn*, som fosteret forventes at blive til. Det betyder, at personretten traditionelt har haft svært ved at kategorisere den retsbeskyttelse af fosteret, der ydes før fødslen.

Personbegrebet som retlig kategori er i den traditionelle personret knyttet til det autonome individ, der klart er adskilt fra andre individer, og som i kraft af at være et autonomt individ har ejerskab over sin egen person. Idéen om en retlig person, der befinder sig i livmoderen på en *anden* retlig person, volder altså besvær i dette tankesæt, og enten den gravide kvinde eller fosteret må derfor nødvendigvis efter denne logik kategoriseres som noget accessorisk eller en ting (eller et hylster, for så vidt angår kvinden), for at den anden kan kategoriseres som en person.<sup>118</sup>

Retsbeskyttelsen af fosteret i den klassiske personret læner sig i et vist omfang op ad Peter Singers teori, efter hvilken visse egenskaber må være til stede som betingelse for etisk kategorisering. Retsbeskyttelsen knytter sig dog til fødslen som en retsskabende begivenhed, og ikke til subjektive egenskaber hos fosteret/barnet. Derimod synes den retsbeskyttelse, man alligevel ydede "det ufødte", fx i medfør af regulering af svangerskabsafbrydelse, i særlig grad at læne sig op ad et potentialitetssynspunkt, hvor der lægges vægt på fosterets potentielle egenskaber som en retlig person, men den personretlige kategorisering synes også i et vist omfang at kunne knyttes til den livsbevarende opfattelse, hvor fosteret har intrinsisk værdi eller en afledt status, hvor fosterets status knyttes til en abstrakt beskyttelse af menneskelivets ukrænkelighed. At den retlige kategorisering knyttes til fødslen som den nødvendige betingelse for at opnå retlig personlighed, peger således ikke på nogen entydig indflydelse fra den etiske kategorisering i den retlige kategorisering.

<sup>117</sup> Vo v. France, pr. 84, jf. 80. Dommen omtales nærmere i kapitel 5.

<sup>118</sup> Se hertil Margaret Davies & Ngaire Naffine: *Are Persons Property?*, Aldershot, 2001, p. 84-86.

## Kapitel 3

De klassiske personretlige udlægninger er formuleret i en tid, hvor fosterets retsstilling indgik i den klassiske reproduktive kontekst knyttet til kvindens krop. I moderne tid er distinktionen mellem *person* og *ting* i stigende omfang kommet under pres. Muligheden for at anvende humant biologisk materiale i medicinsk og kommercielt øjemed<sup>119</sup> og for at synliggøre og manipulere fostre og befrugtede æg uden for kvindekroppen har således rejst nye spørgsmål om den retlige kategorisering af kroppen og kroppens dele. Betingelsen om en afsluttet fødselsakt fremstår i lyset af udviklingen fra det upåviselige til det påviselige<sup>120</sup> heller ikke længere som hensigtsmæssig – er det befrugtede æg, fosteranlægget og fosteret dermed en biologisk kategori, som ikke kan kategoriseres retligt?

Inger Dübecks definition af fosteret som et beskyttelsesværdigt interesse-subjekt afspejler i højere grad end de ældre personretlige fremstillinger, at fosteret i dag må betragtes som et løsrevet subjekt i en tidsalder, hvor fosteret kan skabes uden for kvindens krop og med andre formål end at skabe et barn eller selv i en ”normal” graviditet er synlig, fx i informationel sammenhæng. Denne udvikling har betydet, at man ud over den klassiske lære om retssubjektivitet, der opstiller betingelser for at opnå retsevne, må supplere med noget nyt:

Som det er forsøgt belyst indtil nu, er det efter min opfattelse ikke givet, at fødslen bør anses for at være det retsskabende faktum, der udløser retsevne og dermed rettighedspositioner. At fosteret ikke selv kan varetage sine interesser, betyder ikke, at det ikke kan have materielle rettighedspositioner. At de må varetages af fx den gravide kvinde eller en myndighed gennem bestemmelser om forpligtelser, tilsyn, kontrol o.lign., kan netop være det, der skaber rettigheden. Selvom et udgangspunkt i rettighedsbegrebet frem for personbegrebet ikke nødvendigvis giver håndfaste svar på, hvordan man retligt kan have et begreb om livets begyndelse, åbner dette perspektiv for nye måder at håndtere kategoriseringen af fosteret på som en *casus sui generis*.

## 7. Retlige aktører og rettigheder

### 7.1. Indledning

Som påpeget ovenfor er en rettighed ikke et absolut begreb, selvom nogle rettigheder er så grundlæggende, at de ikke kan tilsidesættes, selvom man samtykker hertil. Som udgangspunkt afhænger rettigheders styrke således

---

<sup>119</sup> Se nærmere Marit Halvorsen: Norsk biobankrett, Bergen, 2006, kapitel 13 og Elisabeth Rynning: *Biobankarna – hög tid för bankspektion?* i Förvaltningsrättslig tidskrift 6/1998, p. 303-333.

<sup>120</sup> Jf. nærmere kapitel 1.

af, hvordan de modstår konkurrencen med andre aktørers rettigheder i en afvejning. Det blev også belyst, at rettigheder kan opfattes meget bredt, ligesom det både i den retlige og etiske kategorisering er muligt at opnå en afledt status.

I dette afsnit vil jeg se nærmere på de involverede retlige aktører, der udgør landskabet omkring den retlige kategorisering af fosteret – hvem er de og hvilke relevante rettigheder og interesser har de? At fosteret må ses som en del af et større retligt landskab, følger bl.a. af den brede tilgang til rettighedsbegrebet: Fosteret kan således både være tillagt eksplicitte, anticiperede rettigheder, som det kendes inden for arveretten, men det kan også opnå rettigheder i form af forskrifter, forpligtelser o. lign., ligesom det kan opnå retsbeskyttelse gennem bestemmelser, der primært har noget andet end fosterbeskyttelse som sit formål. Dette afspejler, at den retlige kategorisering, der placerer fosteret i en bestemt retsbeskyttelse (giver en retlig status), er relationsbundet og kontekstafhængig.

Dette afsnit vil således præsentere de forskellige aktører der omgiver fosteret, og de rettigheder og hensyn, der overordnet er på spil, idet en mere fuldstændig udfoldelse af de enkelte afvejninger følger i forbindelse med analysen af de enkelte retsområder i de følgende kapitler.

## **7.2. Kvindens og mandens rettigheder**

### *7.2.1. Kvindens rettigheder*

Kvindens rettigheder er på mange måder en central faktor for den retlige kategorisering af fosteret. I den klassiske abortkontekst har man især været optaget af at se på relationen mellem kvinde og foster som et potentielt sammenstød af modsatrettede interesser. Dette modsætningsforhold aktualiseres potentielt på ny i takt med, at fosteret kan betragtes som en selvstændig patient, der kan diagnosticeres og behandles – men som samtidig er en del af kvindens krop, og behandling uden kvindens samtykke vil derfor udgøre en alvorlig krænkelse af den grundlæggende ret til kropslig autonomi.

Omvendt må man ikke være blind for den beskyttelse fosteret *in vivo* ydes via sin tilstedeværelse i kvindens krop, og som kan henføres til kvindens rettigheder, fx retten til kropslig autonomi. Ved at udøve sine rettigheder kan kvinden således også værne fosteret. Kvindens rettigheder kan altså så at sige trække i to retninger, de kan svække eller forstærke fosterets position. Det befrugtede æg *in vitro* er derimod stillet ganske anderledes. Her kan det især være formelle procedurer såsom samtykkekrav, godkendelse i det videnskabsetiske komitésystem og materielle forbudsregler, der giver det

### Kapitel 3

befrugtede æg retlig status, idet ægget ikke er værnet på samme måde via kvinden.

I det følgende vil jeg pege på et par grundlæggende figurer, som er centrale for kvindens rettigheder.

Autonomiprincippet kan karakteriseres som en basal frihedsrettighed<sup>121</sup> og må anses for en grundrettighed inden for såvel sundheds- og bioretten og den medicinske etik og bioetikken. Princippet centrale plads kom til udtryk under Nürnberg-processerne, som afdækkede de overgreb, der havde fundet sted under 2. verdenskrig i koncentrationslejrene som led i medicinske forsøg.<sup>122</sup> Princippet funktion er først og fremmest at sikre, at mennesker ikke bliver udsat for overgreb, hvilket afspejles i kravet om samtykke til lægelig behandling og medicinske forsøg. Samtykkekravet skal minimere faren for at blive udsat for overgreb og lide skade. Det centrale heri er, at mennesker frit kan vælge livspræferencer uden indblanding, kontrol eller tvang og selv kan bestemme over deres person og krop. Herved betones, at et samtykke også skal være informeret, således at lægen skal give patienten alle relevante oplysninger og præsentere de forskellige alternative behandlingsmåder på en måde, som patienten forstår, og derved gøre patienten i stand til at udøve reel selvbestemmelse.<sup>123</sup> Den rolle, kvinden og hendes krop spiller i den reproduktive proces, betyder dog, at autonomiprincippet får en særlig betydning for hende, som ikke finder tilsvarende anvendelse for manden. Indgreb i hendes kropslige autonomi uden samtykke udgør et overgreb. Hvis manden således ønsker, at et svangerskab skal afbrydes eller fortsættes i strid med kvindens ønsker, kan hans selvbestemmelse ikke udøves, uden der sker et kropsligt overgreb på kvinden. Dette hensyn vejer derfor tungere end de positive rettigheder, der kan følge af autonomiprincippet for manden.

At autonomiprincippet udspringer af en grundlæggende frihedsrettighed afspejles i sundhedslovens § 2, hvor det fremgår, at sundhedsvæsenet skal sikre respekt for det enkelte menneske, dets integritet og selvbestemmelse. Denne formålsbestemmelse følges derefter af materielle bestemmelser så-

---

<sup>121</sup> Se også nærmere Henriette Sinding Aasen: *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medicinsk behandling*, Bergen, 2000, p. 147-162.

<sup>122</sup> For mere om Nürnberg processerne og de medicinske forsøg kan der henvises til Peter Rossel: *Medicinsk etik*, København, 1979 og *Trials of war criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law no. 10, Nuernberg October 1946 – April 1949*, U.S. Government Printing Office, Washington, 1949-53, bind 1 og 2: Case no. 1: Karl Brandt et al.: *The Medical Case*.

<sup>123</sup> Tom L. Beauchamp og James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics*, 5. udgave, Oxford, 2001, kapitel 3 (p. 64-65 og 77).

som fx § 15, hvorefter ingen behandling må indledes eller fortsættes uden patientens informerede samtykke. Retten til at modtage information, hvis man ønsker det, kan således betragtes som en forudsætning for og en del af det at kunne bruge sin selvbestemmelsesret. Retten til autonomi fremgår også af Bioetikkonventionens art. 5 og kan, som jeg vender tilbage til i de følgende kapitler, også udledes af en række andre menneskeretlige instrumenter.

Evnen til at udøve autonomi kan være fuldt ud til stede eller fuldstændigt fraværende, og mellem disse to yderpoler er der et stort spænd, hvor evnen til at udøve autonomi kan være forskelligartet. Mindreårige eller inhabile kan således have faktisk habilitet og være i stand til at udøve autonomi omkring nogle forhold, selvom det ikke er tilfældet i alle forhold. Det er således også muligt at have retlig habilitet i enkelte, men ikke alle forhold; en ung kvinde kan således generelt udøve autonomi inden for sundhedsvæsenet, når hun er fyldt 15 år, og dermed selv give et informeret samtykke til behandling. Derimod skal hun som udgangspunkt være fyldt 18 år, før hun selv kan anmode om at få foretaget en abort, og som udgangspunkt være fyldt 25 år, før hun uden tilladelse kan blive steriliseret.

Autonomiprincippet er heller ikke et absolut princip. Det kan overtrumfes af andre hensyn, såsom fare for folkesundheden, skade af andre mennesker, fordelingen af sundhedsressourcer eller beskyttelse af samfundsmæssige værdier eller normer. Autonomiprincippet kan heller ikke ses isoleret fra de forpligtelser, en ret til selvbestemmelse medfører for andre aktører.

”A right to autonomy can be had only if the interest of the right-holder justifies holding individual members of the society at large to be duty-bound to him to provide him with the social environment necessary to give him a chance to have an autonomous life. Assuming that the interest of one person cannot justify holding so many to be subject to potentially burdensome duties ... it follows that there is no right to personal autonomy”.<sup>124</sup>

Det er således ikke i alle forhold, man har en ubetinget ret til at udøve selvbestemmelsesretten. I forbindelse med abort har kvinden, som jeg vil komme nærmere ind på i kapitel 4, et retskrav på at få foretaget dette indgreb inden for de første 12 uger af svangerskabet, men dermed ikke være sagt, at den enkelte læge i alle tilfælde er forpligtet til at foretage indgrebet. Rettigheder kan således ikke ses isoleret fra de retlige aktører, der omgiver rettighedsindehaveren, og deres rettigheder kan sætte en grænse for, hvordan man

---

<sup>124</sup> Joseph Raz: *The Morality of Freedom*, Oxford, 1986, p. 247.



### Kapitel 3

kan forpligte dem, hvorved autonomiprincippet kun rækker ud til en vis grænse.

En anden grænse, der indskrænker autonomiprincippet, er de grænser, lovgiver har opstillet for, hvad et menneske selv kan træffe beslutning om. Som eksempel på beslutninger, man ikke selv kan træffe, kan fx nævnes aktiv dødshjælp. En alvorligt syg eller døende kan, uanset om en læge selv ønsker at medvirke hertil, ikke udøve fuldstændig autonomi om, hvordan livet skal afsluttes.<sup>125</sup> Disse grænser for selvbestemmelsesretten har også en central plads på de områder, der behandles nærmere i de følgende kapitler: Autonomiprincippet udmøntes også i kvindens ret til reproduktiv selvbestemmelse. Kvinden er således tillagt ret til respekt for sit privat- og familieliv og ret til at stifte familie. Men kvindens ret til at udøve autonomi i forbindelse med reproduktion kan være indskrænket på forskellig vis. Kvindens ret til at afbryde graviditeten og afslutte fosterets livsmulighed er således også underlagt en række begrænsninger, der vokser i styrke efterhånden som fosteret opnår en større retsbeskyttelse.

Som tidligere nævnt kan fosterets rettigheder også styrkes gennem kvindens selvbestemmelsesret. Moderskabet som en del af kvindens reproduktive autonomi kan således i forlængelse heraf også være en relevant faktor. Begrebet moderskab er blevet mindre entydigt de sidste årtier primært som følge af udviklingen i kunstig befrugtning-behandling. Man kan således både tale om det retlige moderskab, der er udtryk for en retlig relation mellem mor og barn, det genetiske moderskab, der er udtryk for, at barnet er udviklet fra kvindens ægcelle, og det sociale moderskab, som er udtryk for at en kvinde – uanset om hun retligt eller genetisk er mor til barnet – reelt fungerer som sådan.<sup>126</sup>

Børneloven bygger på, at det retlige moderskab normalt ikke giver anledning til problemer at fastslå. At fødslen af et barn er den begivenhed, der udløser det retlige moderskab, er underforstået og således kun udtrykkeligt fastsat i børnelovens § 30. Efter denne bestemmelse anses den kvinde, der efter kunstig befrugtning behandling føder et barn, for moder i retlig forstand, også selvom hun har modtaget et doneret æg, og derfor ikke er den genetiske moder.

---

<sup>125</sup> Se nærmere Jørn Vestergaard: *Dødshjælp – dansk ret*, Juristen 2000, p. 165-182.

<sup>126</sup> Linda Nielsen og Jesper Vorstrup Rasmussen: *Familieretten*, 3. udgave, København, 2001, p. 391 og Inger Lund-Andersen, Noe Munck og Irene Nørgaard: *Familieret*, 5. udgave, København, 2003, p. 4.

Man kan forestille sig, at det retlige moderskab kunne volde vanskeligheder at fastlægge ved forbyttede befrugtede æg, dvs. i den situation, hvor en kvinde fejlagtigt implanteres med en anden kvindes embryoer. Det er således uklart om en sådan situation ville falde under børnelovens § 30, idet bestemmelsen synes at regulere det forhold, at en kvinde frivilligt og efter ønske har benyttet kunstig befrugtning behandling med et doneret æg, hvorfor hun har kendskab til, at hun ikke er den genetiske moder. Om moderskabet for så vidt angår forbyttede æg vil blive udfyldt på baggrund af biologiske, genetiske eller sociale kriterier er usikkert.

Mens fødslen i sig selv altså udgør en rettighedsstiftende begivenhed for kvinden i relation til moderskabet, så er der også knyttet en række rettigheder til rejsen hen mod denne rettighedsstiftende begivenhed. Disse omfatter retten til at tilvælge eller fravælge moderskabet samt en vifte af rettigheder, der knytter sig til tiden under og lige efter graviditetsperioden, eksempelvis retten til at få stillet svangreomsorg til rådighed og retten til ikke at blive diskrimineret på grund af graviditeten på arbejdsmarkedet.

Den reproduktive proces er derudover knyttet til *kvindens krop*. Derfor må man også have blik for kønsperspektivet. At kvindens biologiske og sociale rolle i den reproduktive proces kan have implikationer for hendes muligheder for livsudfoldelse og deltagelse i samfundet, er således perspektivet bag Kvindekonventionen og udviklingen af begrebet reproduktive rettigheder i forbindelse med FN's Befolkningskonference i Cairo i 1994 og FN's Kvindekonference i Beijing i 1995.<sup>127</sup> Dette begreb, der udgør en fortolknings- og udviklingsmæssig ramme for allerede eksisterende (menneske-) rettigheder, knytter sig til grundnormens værdier om ligestilling, lighed og retfærdighed.

Rettighederne skitseret i dette afsnit omfatter således både autonomirelaterede, sundheds- og socialrelaterede og ligestillingsrelaterede rettigheder.

### 7.2.2. Mandens rettigheder

Manden kan optræde i forskellige roller som aktør i den reproduktive proces. Han kan både være ægtefælle eller samlever, han kan være den, der er genetisk far og/eller skal fungere som social far. Ligesom moderskabet er blevet udfordret af den medicinske udvikling, gør det tilsvarende sig gældende for faderskabet. De detaljerede regler om det juridiske faderskab er

---

<sup>127</sup> Se nærmere Stine Jørgensen: *Etniske minoritetskvinders sociale rettigheder – Arbejdsmarked, seksualitet og uddannelse*, København, 2007, p. 181-190 og Henriette Sinding Aasen: *Da mor var mor og far var far: Noen betraktninger om forplantningsteknologi, verdivalg og juss* i David R. Doublet, Kai Krüger & Asbjørn Strandbakken: *Stat, politikk og folkestyre – festskrift til Per Stavang*, Bergen, 1998, p. 219-246 (223-224).

### Kapitel 3

således også blevet udvidet i børneloven med udtrykkelige regler i forbindelse med kunstig befrugtning-behandling. Mens moderens status er underforstået i børneloven og knyttet til fødslen som biologisk begivenhed, så vidner den omfattende retlige regulering af faderskabet om de retlige problemer, der kan opstå som følge af den biologiske forskel på mand og kvinde i den reproduktive proces, og den heraf følgende anderledes retsbeskyttelse af manden, som først får tillagt rettigheder som juridisk far *efter* fødslen.

Men beslutningen om at blive forælder er også en beskyttet del af mandens ret til privatliv, på samme måde som det er tilfældet for kvinden. I *Evans v. UK* var spørgsmålet, om kvinden kunne råde over nedfrosne befrugtede æg, selvom manden havde tilbagekaldt sit samtykke. Der var således tale om en afvejning af mandens og kvindens positive rettigheder. EMD udtalte, at en mands rettigheder i henhold til art. 8 ikke nødvendigvis er mindre beskyttelsesværdige end en kvindes, og det betragtes ikke som indlysende, at afvejningen af deres interesser altid vil falde ud til kvindens fordel.<sup>128</sup> Hvis mandens positive rettigheder således ikke krænker kvindens negative rettighed til at være fri for overgreb, er det altså ikke givet, at den ene parts positive rettigheder automatisk vil overtrumfe den anden parts positive rettigheder.

At faderskabet er en figur, der de senere år har fået stigende betydning for mandens rettigheder, afspejles også i de ændringer af børneloven, der blev vedtaget den 1. juni 2001. Herefter har manden bl.a. fået mulighed for at rejse en faderskabssag uanset kvindens ønske. Kvinden er derfor også blevet pålagt en skærpet pligt til at oplyse myndighederne om, hvem der er eller kan være far til hendes barn.

Som nævnt ovenfor er mandens rettigheder dog i mange tilfælde begrænset af, at reproduktionen er knyttet til kvindens krop, og derfor det mere tungtvejende hensyn til hendes ret til kropslig autonomi, idet en tilsidesættelse af denne ret ville udgøre et overgreb på hendes kropslige integritet. Dette vil bl.a. blive belyst i kapitel 4 med udgangspunkt i en række sager fra EMD og EMK, der omhandler, i hvor høj grad manden er tildelt rettigheder i forbindelse med en kvindes beslutning om svangerskabsafbrydelse.

Som udgangspunkt er en persons ret til sundhed og behandling uafhængig af et samtykke fra partneren eller ægtefællen, idet fx sundhedslovens § 15 af-

---

<sup>128</sup> *Evans v. UK*, application no. 6339/05 (Court – Fourth Section) af 7. marts 2006, pr. 66. Dommen er nærmere omtalt i kapitel 5. Om mandens reproduktive rettigheder se også Søren Holm: *The decision-making role of fathers in assisted reproduction* i *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 14, suppl. 1, 2007, p. 81-85.

spejler det grundlæggende princip om selvbestemmelse. Heri ligger også, at man har krav på fortrolighed, jf. sundhedslovens § 40,<sup>129</sup> og oplysninger om bl.a. graviditet eller et abortindgreb må derfor ikke videregives til ægtefællen eller partneren uden samtykke,<sup>130</sup> jf. sundhedslovens § 43, stk. 1.

Det reproduktive område adskiller sig dog på nogle punkter fra dette udgangspunkt. Der er således krav om, at *parret* skal samtykke til IVF behandling, opbevaring og videnskabelig forskning på befrugtede æg, ligesom sæddonorer tillige skal give samtykke hertil. I forbindelse med kunstig befrugtning behandling nedfryser man oftest først æggene, efter de er blevet befrugtet, og der kan derfor opstå spørgsmål om, hvem der har ret til at råde over disse befrugtede æg. I hvilket omfang partneren har rettigheder kan derfor opstå når den ene part ønsker at disponere over befrugtede æg, der er frembragt i forbindelse med kunstig befrugtning in vitro, mens den anden part har tilbagekaldt sit samtykke hertil, fx på grund af samlivsophævelse.<sup>131</sup> I hvilket omfang partnerens (fortsatte) samtykke er en betingelse for opfyldelsen af den anden parts ønske/rettighed, er et spørgsmål, der reguleres meget forskelligt i de europæiske lande. I Italien kan manden således ikke længere tilbagekalde sit samtykke fra det tidspunkt, hvor æggene befrugtes, mens Storbritannien og Danmark kræver et løbende samtykke.<sup>132</sup> Denne regulering afspejler således også, hvordan det befrugtede æg kategoriseres retligt, idet et krav om løbende samtykke i højere grad betoner, at det befrugtede æg er noget tingsligt, som parterne råder over, mens en manglende mulighed for tilbagekaldelse af samtykke i højere grad signalerer, at ægget efter en befrugtning ikke længere er noget tingsligt, men noget, der har krav på at få realiseret sit potentiale til at blive en person.

### 7.3. Sundhedspersoners rettigheder

At sundhedspersoner kan have rettigheder, der sætter en grænse for, hvad de i udøvelsen af deres hverv er forpligtet til at udføre, kommer fx til udtryk i sundhedslovens §§ 24, stk. 3 og 102. Disse bestemmelser kan man kalde for

---

<sup>129</sup> I ganske særlige tilfælde vil videregivelse dog kunne ske til ægtefælle/partner efter værdispringsreglen i § 41, stk. 2, nr. 3 og § 43, stk. 2, nr. 2. Dette forudsætter dog, at der er tungtvejende grunde hertil, fx kunne man forestille sig, at det var berettiget at oplyse ægtefællen om en patients hiv-smitte.

<sup>130</sup> I en afgørelse fra Patientklagenævnet (resumé nr. 0021323 af 20. marts 2000, [www.pkn.dk](http://www.pkn.dk)) var videregivelse af oplysning om graviditet uden kvindens samtykke til hendes far et brud på tavshedspligten. Det tilsvarende ville utvivlsomt gøre sig gældende, for så vidt angår videregivelse til ægtefælle eller samlever.

<sup>131</sup> Dette var tilfældet i sagen *Evans v. UK* nævnt ovenfor.

<sup>132</sup> De danske samtykkeregler i befrugtningssloven er præceptive og kan således ikke fraviges ved aftale.

### Kapitel 3

etiske forbehold, og de indebærer en retlig anerkendelse af, at sundhedspersoner har personlige etiske eller religiøse overbevisninger, som må respekteres i udøvelsen af deres virke.

Sådanne etiske forbehold bygger på retten til samvittigheds- og religionsfrihed, der bl.a. er beskyttet i EMRK art. 9, og forbuddet mod diskrimination, der bl.a. fremgår af EMRK art. 14.

De grænser, der er med til at definere fosteret retligt, behøver således ikke altid at bygge på en tilkendegivelse af en bestemt retsbeskyttelse af fosteret, men kan også hvile på en anerkendelse af, at man må respektere personlige etiske grænser hos de personer, der skal udføre et indgreb eller levere en ydelse. De etiske forbehold har været omdiskuterede, og sundhedspersonernes etiske kategorisering af fosteret har også ført til debat i pressen, hvor nogle jordemødre eksempelvis fremstillede, hvordan de på den ene stue skulle gøre alt for at redde et for tidligt født barn, mens det på den anden stue kunne ske, at en sen provokeret abort blev ”født” levende, og derfor måtte lægges ud i skyllerummet for at dø.<sup>133</sup> Som jeg vil vende tilbage til senere i kapitel 4, affødte denne debat i pressen også en debat i Folketinget om den retlige kategorisering af fosteret.

Man kan således forestille sig, at professionsetiske argumentationer og kategoriseringer af fosteret også kan have en betydning for den retlige kategorisering.

#### 7.4. Forskeres rettigheder

Forskning på fostre og befrugtede æg sker inden for nogle retlige rammer, der også tillægger forskerne rettigheder. Forskning udgør et væsentligt bidrag til at fremme vækst, velfærd og udvikling i samfundet, hvilket bl.a. er udtrykt i Unesco’s Recommendation on the Status of Scientific Researchers af 20. november 1974<sup>134</sup> og universitetslovens § 2, stk. 3, 2. pkt. For at virkeliggøre denne målsætning har den enkelte forsker forskningsfrihed, “*to work in a spirit of intellectual freedom to pursue, expound and defend the scientific truth as they see it*”,<sup>135</sup> men har også pligt til at udføre og frem-

---

<sup>133</sup> Se omtale i Etisk Råd: Sene provokerede aborter, København, 1997, p. 4 og senere nedenfor i kapitel 4.

<sup>134</sup> Se også FN’s Verdenserklæring om Menneskerettigheder art. 27, CESC art. 15, EU’s Charter om Grundlæggende Rettigheder, art. 13 og Unesco Recommendation concerning the Status of Higher-Education Teaching-Personnel af 11. november 1977.

<sup>135</sup> Jf. Recommendation on the Status of Scientific Researchers, pkt. 14 a.

lægge sin forskning i overensstemmelse med god videnskabelig praksis.<sup>136</sup> På universiteterne er forskningsfriheden udmøntet således, at den enkelte forsker har frihed til at vælge metode, fremgangsmåde og emne inden for universitetets forskningsstrategiske rammer.

Forskning bedrives både på universiteterne, i den private sektor og i samarbejder på tværs af sektorer og nationale grænser. Finansieringen kan både stamme fra det offentlige, fx i form af ordinære bevillinger eller særlige puljer og fra private virksomheder eller fonde. Samfundet har altså udmøntet sin interesse i forskning både ved at tilvejebringe organisatoriske og økonomiske rammer og ved at skabe rum for selvregulering for den enkelte forsker, uanset om denne udfører sin forskning i universitets- eller privat regi. Selvom der er retlige rammer, der understøtter den frie forskning, kan der dog også være modhensyn. Dette skyldes bl.a., at især eksperimentel forskning potentielt kan krænke menneskers fundamentale rettigheder.

Behovet for at afveje hensynet til den frie forskning over for hensynet til at beskytte de mennesker eller menneskelige materialer, der indgår i forskningen som forsknings- og forsøgsobjekter fra fare og risici, udgør således rationalet bag reguleringen i Bioetikkonventionen, der i art. 2 fastslår, at menneskets interesser og velfærd skal have forrang frem for interesser, der alene vedrører samfundet og videnskaben. I henhold til art. 15 og den tilhørende Explanatory Report kan videnskabelig, biologisk og medicinsk forskning således udføres *frit*, idet forskningsfrihed både relaterer sig til menneskehedens ret til viden og til den betydning, den forskningsbaserede viden kan få for patienters helbred og velfærd, men må også udføres i overensstemmelse med konventionens bestemmelser og andre lovbestemmelser, der sikrer beskyttelsen af mennesket. Denne afvejning fremgår også af komitélovens § 1, stk. 3.

### 7.5. Andre personers rettigheder (stamceller)

Har syge mennesker krav på, at der forskes i nye behandlingsmetoder, og krav på at blive behandlet med bestemte metoder? At mennesker kan have en ret til at få del i videnskabelige landvindinger og de heraf følgende goder, fremgår af eksempelvis af FN's Verdenserklæring om menneskerettigheder art. 27 (1) og CESC art. 15 (1).<sup>137</sup>

---

<sup>136</sup> Se fx bekendtgørelse nr. 668 af 28/06/2005 om Udvalgene vedørende Videnskabelig Uredelighed, § 2. Forpligtelsen kan også følge af forskningsetiske retningslinjer knyttet til fx bevillinger fra Forskningsrådene. Se hertil Mette Hartlev (red.): Den gode samfundsforsker, København, 1996.

<sup>137</sup> Om tilblivelsen af disse bestemmelser, se William Schabas: *Study of the Right to Enjoy the Benefits of Scientific and Technological Progress and Its Applications* i Yvonne Donders

### Kapitel 3

Retten til sundhed og behandling er en figur, der i vid udstrækning er blevet udviklet i international ret, jf. eksempelvis CЕСSR art. 12 og Den Europæiske Socialpagt art. 11.<sup>138</sup> Også EMRK art. 8 indebærer formentlig en ret til at få stillet sundhedsydelser til rådighed, i det omfang disse er nødvendige for at sikre individets fysiske og psykiske integritet.<sup>139</sup> Retten til sundhed og behandling stiller krav om, at der i samfundet er behandlingstilbud, som kan imødekomme patientens behov for behandling. Retten til behandling er dog tæt knyttet til den samfundsøkonomiske prioritering, og rettigheder på dette område har derfor traditionelt været forholdsvis diffuse og ubestemte.<sup>140</sup> Et eksempel herpå fremgår af sundhedslovens § 7, hvorefter alle med bopæl her i landet har ret til behandling i det offentlige sygehusvæsen.<sup>141</sup> Loven beskriver med enkelte undtagelser dog ikke nærmere, hvilke ydelser man har krav på. Præcis hvilken behandling man har krav på, afhænger i høj grad af et lægefagligt skøn, der udøves inden for rammerne af det lægelige ansvar. En behandling kan således kun tilbydes, hvis det er forsvarligt, jf. autorisationslovens § 17.

På nuværende tidspunkt, hvor stamceller endnu ikke kan bruges i behandlingsøjemed,<sup>142</sup> er det også relevant at overveje, i hvilken udstrækning retten til sundhed også indebærer en evt. forpligtelse til at forske i sygdomsforståelse og nye behandlinger.

John Harris anfører om reguleringen af biomedicinsk forskning, at *"the overwhelming presumption has been and remains that participation in research is a supererogatory and probably a reckless act, not an obligation"*. Han mener ikke, at reguleringen bør tage udgangspunkt i en mistænkeliggørelse af videnskaben, men i stedet i de goder alle mennesker har og vil få som følge af forskning i sygdomme og behandling. Han argumenterer således for, at der er en stærk moralsk forpligtelse til at udføre, støtte og deltage i videnskabelig forskning baseret på *"do no harm"* og *"fairness"*-prin-

---

& Vladimir Volodin: Human Rights in Education, Science and Culture. Legal Developments and Challenges, Ashgate/UNESCO, Aldershot/Paris, 2007, p. 273-307, der dog i øvrigt særligt behandler spørgsmålet om IP-rettigheder og sygdomsbehandling i udviklingslande.

<sup>138</sup> Sundhedsbeskyttelse er også en del af det fællesskabsretlige værdigrundlag, se EU's Charter om grundlæggende rettigheder, art. 35.

<sup>139</sup> Jf. Tysiac v. Poland, der omtales nærmere i kapitel 4. Se også Elisabeth Rynning: *God vård – en folkerättslig förpliktelse?* i Mänskliga rättigheter i vården, Stockholm, 1999.

<sup>140</sup> Mette Hartlev: *Syge har også rettigheder* i Stine Jørgensen, Helle Krunke, Mette Hartlev og Kirsten Ketscher (red.): Nye retlige design, København, 2003, p. 51-64 (52-53).

<sup>141</sup> I mange tilfælde kan andre unionsborgere dog også have ret til sundhedsydelser. Se her til kapitel 4.

<sup>142</sup> Se nærmere kapitel 7.

cipperne.<sup>143</sup> Begge principper har også velkendte retlige pendanter.<sup>144</sup> Ikke-skade-princippet kendes således fra autorisationslovens bestemmelser om omhu, samvittighedsfuldhed og professionsansvar,<sup>145</sup> mens retfærdigheds- (ligheds-) princippet genfindes i forbindelse med lovlige kriterier for behandling på sygehusene.<sup>146</sup>

Man kan argumentere for, at der også er en retlig forpligtelse til at understøtte forskning i sygdomme og terapeutiske behandlinger som en del af individets ret til at få stillet behandlingstilbud til rådighed. Staten kan dog være berettiget til at forbyde bestemt forskning eller behandling eller fastsætte nærmere betingelser for forskning og behandling af fx prioriterings-, beskyttelses- eller etiske hensyn. Som nævnt ovenfor tager regulering af biomedicinsk forskning ofte udgangspunkt i et forsigtighedsprincip. Internationale aftaler som Helsinki-deklarationen – et professionsetisk regelsæt udarbejdet af World Medical Association – har således som sit hovedsigte at beskytte forsøgspersoner ved at kræve informeret samtykke til deltagelse i forskningsprojekter og ved at opstille forskellige krav, der skal beskytte individet mod de farer, som forsøgsdeltagelsen kan medføre.<sup>147</sup> Unesco's Recommendation on the Status of Scientific Researchers af 20. november 1974 anbefaler dog medlemsstaterne at foretage en afvejning mellem forskningens potentielle goder og farer:

“Member States should develop or devise machinery for the formulation and execution of adequate science and technology policies, that is to say, policies designed to avoid the possible dangers and fully realize and exploit the positive prospects inherent in such discoveries, technological developments and applications”.

---

<sup>143</sup> John Harris: *Scientific research is a moral duty* i Journal of Medical Ethics, 2005, vol. 31, p. 242-248 (242). Principperne svarer til Beauchamp & Childress' grundprincipper *nonmaleficence* og *justice*, se Tom L. Beauchamp og James F. Childress: *Principles of Bio-medical Ethics*, 5. udgave, Oxford, 2001, kapitel 4 og 6.

<sup>144</sup> Se også nærmere kapitel 2 om de grundprincipper, der opererer indenfor bioretten og bioetikken.

<sup>145</sup> Jf. autorisationslovens §§ 17 og 42. Princippet genfindes også i lægeløftet.

<sup>146</sup> Det vil sige, at der i fastsættelsen af, hvilke tilstande der skal foreligge, før en bestemt behandling tilbydes, er krav om, at kriterierne skal opfylde det almindelige forvaltningsretlige krav om saglighed, og at der ikke må lægges vægt på forhold, som det efter anden lovgivning er forbudt at tillægge betydning, såsom seksualitet, køn, race, religion etc.

<sup>147</sup> Helsinki-deklarationen blev oprindeligt vedtaget i 1964 og senest ændret i oktober 2000. Forsigtighedsprincippet afspejles eksempelvis i §§ 5 og 16. Om Helsinki-deklarationen se også Mette Hartlev: *Legitimering af stamcelleforskning – samspil mellem lovgivning og teknologi* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, København, 2007, p. 45-66 (52-53) og Ulla Hybel: *Forsøgspersoner – om den retlige beskyttelse af mennesker, der deltager i biomedicinske forsøg i Danmark*, København, 1998, p. 57.



Denne afvejning mellem forskning eller behandling på den ene side og etiske hensyn på den anden side vil jeg vende tilbage til i de følgende kapitler.

#### 7.6. Samfundet

Lovgivning kan, som nævnt ovenfor, anvendes, når der er behov for at beskytte borgerne mod de risici og farer, som forskning potentielt kan medføre. Men de retlige rammer kan også anvendes, hvor det er nødvendigt at opretholde generelle samfundsmæssige værdier. Sådanne retlige rammer kan både være bestemmelser, der indskrænker forskernes eller borgernes frihed af hensyn til eksempelvis opretholdelsen af respekt for det menneskelige og menneskelivet. Samfundet kan eksempelvis begrænse brugen af fosterdiagnostik både af hensyn til at værne fosteret, men også for at signalere at mennesker har lige værd uanset sygdom eller handicap. Det kan også være bestemmelser, der har til formål at skabe legitimitet for praksisser eller teknologier, som bliver mødt med skepsis i befolkningen, men som anses for samfundsmæssigt ønskværdige af hensyn til samfundets og borgernes velfærd.<sup>148</sup>

Samfundets interesser i forhold til den retlige kategorisering af fosteret kan således være mangefacetterede, og både være knyttet til opretholdelsen af en bestemt moral af hensyn til dybereliggende værdier i samfundet, til beskyttelse af samfundets borgere mod farer og overgreb og til understøttelse af udvikling, der gavner borgere, samfund og erhvervsliv. Forskellene i de nationale reguleringer på det bioretlige område illustrerer, hvor forskelligt afvejningen af disse hensyn kan falde ud. Stamcelleforskning udgør eksempelvis et forskningsfelt, hvor Europa og Asien har en enestående mulighed for at blive førende, idet de amerikanske forskere er underlagt snævre retlige rammer for denne type forskning.<sup>149</sup> Denne mulighed var også en af grundene til, at den britiske regering udtrykkeligt valgte (embryonal) stamcelleforskning som et satsningsområde. I Danmark blev dette hensyn ikke ekspliciteret lige så utvetydigt, da ændringen af befrugtningsloven om stamcelleforskning blev vedtaget,<sup>150</sup> men hensynet har været medbestemmende på andre områder indenfor befrugtningsloven.<sup>151</sup>

---

<sup>148</sup> Mette Hartlev: *Mellem principper og pragmatisme – om regulering af bioteknologi i Danmark* i Ulf Görman, Carl-Gustaf Andrén & Göran Hermerén (red.): *Att forma vår framtid*, Lund, 2007, p. 165-178 (166). Om rettens betydning for teknologi se også Henrik Zahle: *Praktisk retsfilosofi*, København, 2005, p. 256-258.

<sup>149</sup> Se nærmere Klaus Høyer og Lene Koch: *Håbets teknologi en skabelsesberetning* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, København, 2007, p. 19-42 (34-35).

<sup>150</sup> Her blev mere overordnet anført, at ”også den danske industri er interesseret i forskning, der kan anvende mange typer stamceller”, jf. L 209 – Forslag til lov om ændring af lov om kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning m.v.

### 7.7. Sammenfattende om retlige aktører og rettigheder

Den retlige kategorisering af fosteret omgives af flere forskellige retlige aktører. De hensyn der gør sig gældende i forhold til deres rettigheder kan både være sammenfaldende og modsatrettede, både i det indbyrdes forhold mellem de enkelte aktører og i relation til retsbeskyttelsen af fosteret.

Inden for etikken har Judith Jarvis Thomson beskæftiget sig med forholdet mellem foster og kvinde. I hendes optik anses begge parter for at være personer med rettigheder, og hun illustrerer, hvordan afvejningen mellem de to skal foretages og hvilken betydning denne afvejning har for beskyttelsen af såvel foster som kvinde.

Et af de centrale spørgsmål i denne afhandling er således at belyse den *retlige* afvejning mellem forskellige aktører og hensyn, og hvilken betydning disse afvejsninger har for kategoriseringen af fosteret.

## 8. Opsamling

I den traditionelle personret er der enighed om, at fosteret kan være en mulig rettighedsindehaver men kun i anticiperet form. Denne forestilling er gennem tiden blevet udfordret og kritiseret i den retsvidenskabelige litteratur.

I dette kapitel har jeg peget på yderligere bidrag, der kan udfordre denne opfattelse; ved at fokusere på rettighedsbegrebet frem for personbegrebet og ved at trække på inspiration fra den etiske kategorisering af fosteret kan der åbne sig nye tankesæt, der kan bidrage eller medvirke til at beskrive den retlige kategorisering af fosteret. Begge tilgange medfører også, at fosteret vil kunne få retsbeskyttelse gennem andre aktørers rettigheder og gennem hensyn, der primært varetager andre interesser end fosterbeskyttelse.

De hensyn og interesser, der knytter sig til de retlige aktører, er reflekteret i lovgivningen på forskellig vis. I relation til kvindens rettigheder er de bæ-

---

(Forskning på embryonale stamceller), fremsat den 2. april 2003, almindelige bemærkninger, pkt. 5.1.

<sup>151</sup> Donoranonymiteten blev således opretholdt med henvisning til, at en stor erhvervs-mæssigt drevet sædbank (Cryos) ellers ville blive påvirket i L 151 – Forslag til lov om ændring af lov om kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning m.v. (Omfanget af behandling på de regionale sygehuse, vurdering af forældreuegnethed, lempelse af ægdonationsreglerne og forlængelse af opbevaringstiden for nedfrosne æg) fremsat den 26. januar 2006, almindelige bemærkninger, pkt. 1.

### *Kapitel 3*

rende hensyn relateret til autonomi, ligestilling samt sundheds- og sociale rettigheder. På grund af den kropslige forbundethed med fosteret er de hensyn, der knytter sig til henholdsvis kvindens og mandens rettigheder forskelligartede. Mandens positive selvbestemmelsesret strækker sig således kun så langt som, at den ikke krænker kvindens negative rettighed til at være fri for overgreb. Er det befrugtede æg derimod løsrevet fra kvindens krop er afvejningen ikke i samme grad knyttet til kvindens kropslige autonomi, og derfor kan manden og kvinden være ligestillet, fx i form af samtykkekrav til begge parter ved kunstig befrugtning behandling. Kvindens rettigheder kan også være i modstrid med de sundhedspersoner, der skal udføre et indgreb på hende. De kan være tillagt rettigheder, der begrænser de forpligtelser, de har i udøvelsen af deres hverv. Endelig kan hendes rettigheder begrænses af samfundet, der ved hjælp af lovgivningen ønsker at opretholde bestemte normer, som begrænser hendes råderum over fosteret.

I relation til forskere og syge mennesker er et af de bærende hensyn, at velfærd og sundhed skal fremmes. Forskerne bidrager til at opfylde de velfærds- og sundhedsydelse, som syge mennesker har ret til, og har derfor en særlig frihed til at søge og pligt til formidle videnskabelig erkendelse. Samfundet kan understøtte denne forskning ved at tilvejebringe de nødvendige retlige rammer, eller det kan understøtte videnskabelige resultater og viden ved at bruge lovgivning til at skabe legitimitet for teknologi og praksisser, som mødes med skepsis i befolkningen. I andre tilfælde kan forskningen begrænses ved hjælp af forbud, krav om tilladelse eller opfyldelse af nærmere bestemte betingelser, idet samfundet finder, at mere grundlæggende moralske hensyn er mere tungtvejende.

I kapitel 4-8 vil jeg med afsæt i den bredere platform, der her er skitseret, gå nærmere ind i, hvordan og i hvilke kategorier fosteret kategoriseres i retten inden for konkrete retlige felter: hvilken betydning har hensynet til de forskellige aktører, hvilke afvejsninger har betydning for kategoriseringen af fosteret, i hvor høj grad er der overensstemmelse mellem de biologiske, etiske og retlige kategoriseringer og har biologiske og etiske kategoriseringer en betydning for den retlige kategorisering?

## Kapitel 4

### Abort

*“One's philosophy, one's experiences, one's exposure to the raw edges of human existence, one's religious training, one's attitudes toward life and family and their values, and the moral standards one establishes and seeks to observe, are all likely to influence and to color one's thinking and conclusions about abortion”*

Roe v. Wade 410 U.S. 113

#### 1. Præsentation og plan for kapitlet

Abortspørgsmålet er traditionelt blevet opfattet som et potentielt rettigheds-sammenstød mellem kvinde og foster. Mens kvindens ret til kropslig autonomi er et bærende princip inden for en lang række af de bio- og sundhedsretlige retsområder, er der derimod, hvis kvinden ønsker sit svangerskab afbrudt, opstillet en række bestemmelser, der indskrænker retten til kropslig autonomi. Fosteret fremstår altså i denne sammenhæng som en individualiseret størrelse, der har retligt beskyttede interesser, som indskrænker kvindens kropslige råderum.

I dette kapitel vil jeg analysere kategoriseringen af fosteret i relation til abort. For nærmere at indkredse denne kategorisering vil jeg først og fremmest definere og afgrænse abortbegrebet. Dernæst vil jeg afdække abortspørgsmålets menneskeretlige og fællesskabsretlige ramme og pege på de grundlæggende beskyttelseshensyn, som har betydning for de enkelte aktørers rettigheder og for den afvejning, der skal foretages mellem dem. At der er en række aktører omkring fosteret, betyder, at dets status må indkredses ved at diskutere snitfladerne til de andre aktørers rettigheder. Analysen tager derfor udgangspunkt i de hensyn, der udtrykkes i den retlige regulering. Det skal i forlængelse heraf undersøges, i hvilket omfang andre aktører har rettigheder, der har indflydelse på kategoriseringen af fosteret.

#### 2. Definition og afgrænsning af abortbegrebet

Jeg vil i det følgende indledningsvist indkredse sundhedslovens begreb ”svangerskabsafbrydelse”, idet det først må fastlægges, hvornår der er tale om et *svangerskab*, og hvornår der er tale om en *afbrydelse*. Disse grund-

læggende definitioner har betydning for sondringen mellem svangerskabsafbrydelse (abort) og svangerskabsforebyggelse (prævention).

Svangerskabet er ikke defineret i loven. Lovgiver har således overladt til lægevidenskaben at udfylde begrebet,<sup>1</sup> og det kan give anledning til diskussion af, hvornår der foreligger et svangerskab. Spørgsmålet har været fremme i forbindelse med Lægemiddelstyrelsens tilladelse, hvorefter fortrydelsespillen siden 1. juli 2001 sælges i håndkøb. Fortrydelsespillen forhindrer i lighed med spiralen en implantation, det vil sige, at det befrugtede æg ca. 72 timer efter befrugtningen begynder at sætte sig fast i livmodervæggen. Foreningen ”Retten til liv” politianmeldte i 2003 Lægemiddelstyrelsen med påstand om, at styrelsens tilladelse til håndkøbssalg var ulovlig, idet en abort kun kan udføres med en læges medvirken. Københavns Politi konkluderede, at styrelsens tilladelse var lovlig, idet der ikke var tale om svangerskabsafbrydelse, men om prævention.<sup>2</sup> Disse afgørelser<sup>3</sup> er eksempler på, at implantationen definerer skellet mellem svangerskabsforebyggelse og -afbrydelse.<sup>4</sup>

På baggrund af fremgangsmåden ved diagnosticeringen<sup>5</sup> og praksis kan det fastslås, at et svangerskab både i lægefaglig og retlig forstand først anses for

---

<sup>1</sup> Den manglende retlige definition af svangerskabet skal også ses i sammenhæng med, at lovgiver traditionelt ikke blander sig i lægers faglige metoder, se Mette Hartlev: *Kloning i retlig belysning* i UfR 2001B.235 (242). Når det gælder grænsedragningerne for livet og døden, er der dog eksempler på, at lovgiver har interesseret sig for spørgsmålet, fx da man ophøjede de sundhedsfagligt fastsatte dødsriterier til lov, se nærmere kapitel 1.

<sup>2</sup> Gengivet fra ”Politiet afviser sag om fortrydelsespille”, Kristeligt Dagblad, 28.06.2005, infomedia artikel-id e03e743b. En lignende sag blev rejst i Storbritannien, da fortrydelsespillen blev tilladt i håndkøbssalg. Her fastslog domstolen, at implantationen var afgørende for sondringen mellem prævention og abort, se R (John Smeaton on Behalf of the Society for the Protection of the Unborn Child) v. The Secretary of State for Health et al [2002] 2 FCR 193.

<sup>3</sup> Lægemiddelstyrelsens opfattelse af fortrydelsespillen er nærmere gengivet i Folketinget samling 2000-01, sundhedsministerens svar af 19. februar 2001 på § 20-spørgsmål nr. S 1584 stillet af Henriette Kjær.

<sup>4</sup> Bertrand Mathieu: *The right to life*, Strasbourg, 2006, p. 33-34 anfører, at den argentinske forfatningsdomstol har taget stilling til dette spørgsmål. Her nåede man til det modsatte resultat, idet enhver metode, der forhindrer det befrugtede æg i at blive implanteret i livmoderen, blev betragtet som en form for abort. Dommens præcise reference kan ses hos Mathieu, note 20.

<sup>5</sup> Der er beskrevet i retningslinjer nr. 65 af 26/03/1985 om svangerskabshygiejne og fødsels-hjælp, bilag 1, punkt 1. Det fremgår i øvrigt af sundhedslovens § 221, at erhvervsmæssig undersøgelse af urinprøver med henblik på påvisning af graviditet er forbeholdt læger, apo-

indtrådt efter implantationen og kan konstateres objektivt med de anvendte diagnostiske metoder. Den videnskabelige definition er således konstituerende for den retlige opfattelse.

Abort kan biologisk defineres som en afbrydelse af svangerskabet med udstødelse af graviditetsvævet fra livmoderen. Abort kan ske spontant eller provokeret. En *spontan* abort indtræder af forskellige årsager, inklusive genetiske defekter, akutte infektionssygdomme, biokemisk uforenelighed mellem mor og foster, svulster eller anormaliteter i livmoderen eller fysiske traumer, såsom slag eller fald. Dette forårsager, at livmoderen spontant udstøder graviditetsvævet. *Provokeret* abort, der er genstand for regulering i loven,<sup>6</sup> kan udføres af terapeutiske eller ikke-terapeutiske grunde. En abort på *terapeutisk* grundlag drejer sig om tilfælde, hvor der fx er en medicinsk eller psykiatrisk indikation for indgrebet, mens provokeret abort på *ikke-terapeutisk* grundlag svarer til kvindens ret til at få foretaget en abort efter anmodning og uden særlig begrundelse inden udgangen af 12. svangerskabsuge (fri abort).

En provokeret abort kan udføres med forskellige lægevidenskabelige teknikker:<sup>7</sup> ved en medicinsk abort afbrydes graviditeten medikamentelt med 2 piller, der gives med et par dages mellemrum. Medicinsk abort kunne, da metoden kom frem, som udgangspunkt udføres op til 9. uge fx ved hjælp af stoffet mifepristone (RU-486). I oktober 2005 udsendte Dansk Selskab for Obstetrik og Gynækologi nye retningslinjer, hvori det anbefales, at medicinsk abort tilbydes frem til uge 12. Retningslinjerne blev sendt ud til landets læger og hospitaler, men det er op til de enkelte læger og hospitaler at afgøre, om man vil følge retningslinjerne. Ved en kirurgisk abort fjernes graviditetsvævet ved udskrabning/udsugning fra livmoderen. Det kirurgiske indgreb kan som udgangspunkt foretages indtil udgangen af 14. uge og foregår i fuld- eller lokalbedøvelse. Efter udgangen af 14. svangerskabsuge gennemføres aborten som en ”fødsel” af fosteret. Fødslen sættes i gang med

---

tekere eller andre, som Sundhedsstyrelsen har autoriseret hertil, hvilket yderligere understreger, at den retlige opfattelse af svangerskabet er knyttet til en videnskabelig kategorisering.

<sup>6</sup> Sundhedsloven opstiller betingelser for, hvornår en provokeret abort er legal, og indeholder straffebestemmelser for illegale aborter, hvor indgrebet materielt eller personelt ikke er i overensstemmelse med loven.

<sup>7</sup> Om medicinsk og kirurgisk abort: World Health Organization: Safe Abortion: Technical and Policy Guidance for Health Systems, Geneve, 2003, kapitel 2, Connie Carøe Christiansen, Garbi Schmidt, Mogens Nygaard Christoffersen: Provokeret abort – Undersøgelse af baggrund og virkninger, København, 2003, p. 56-57 og Maj-Britt Tanderup Petersen, Christina Rørbye og Lisbeth Nilas: *Stor variation i behandlingsregimer ved medicinsk abort i Danmark*, Ugeskrift for Læger, 165/21, 19. maj 2003, p. 2187-2190.

vefremmende hormon, der gives i så store koncentrationer, at livmoderen trækker sig sammen, hvorved blodkarrene i moderkagen bliver klemte, og fosteret som resultat heraf dør af iltmangel.<sup>8</sup>

Som følge af, at implantationen anses for at være den afgørende begivenhed i den biologiske og retlige kategorisering af svangerskabet, opfattes prævention i forlængelse heraf ikke som svangerskabsafbrydelse, men som metoder, der forhindrer graviditet i at indtræde. Dette kan bl.a. ske ved hjælp af lægemidler eller medicinsk udstyr, der forhindrer modning af æg (p-piller) eller forhindrer implantation, det vil sige, at det befrugtede æg sætter sig fast i livmodervæggen (fortrydelsespiller og spiral).

I denne kontekst foregår den retlige kategorisering således ved at benytte biologiske kategoriseringer til at fastslå, hvornår der er tale om et foster, og hvornår der er tale om en svangerskabsafbrydelse. Der kan på den baggrund sondres mellem kategorierne *foster in vivo* og *befrugtet æg in vivo*.

### 3. Beskyttelseshensyn

Dette afsnit vil belyse, hvilke beskyttelseshensyn der er på færde i abortspørgsmålet. Det er ikke blot de traditionelle menneskeretlige hensyn, men også de hensyn, der følger af EU-retten, og som de danske abortbestemmelser derfor skal fortolkes i lyset af.

#### 3.1. Abort i menneskeretlig belysning

##### 3.1.1. FN's konventioner

I FN-konventionerne og deres fortolkning er der overordnet tre tilgange til abortspørgsmålet; retten til abort som en del af retten til reproduktiv sundhed, retten til abort og andre sundhedsmæssige ydelser, der ydes specifikt til kvinder som en del af ligestillingsbegrebet,<sup>9</sup> og reguleringen af abort som udtryk for en legitim samfundsinteresse i at regulere dette område.

FN's Verdenserklæring om menneskerettigheder<sup>10</sup> beskytter retten til liv i art. 3: "*Everyone has the right to life, liberty and security of person.*" Ret-

---

<sup>8</sup> Etisk Råd: Arbejdspapir om sene, provokerede aborter, København, 1997, p. 5-6. Grænserne for, hvornår det enkelte indgreb kan bruges, flytter sig over tid. Derudover skal indgrebets forsvarlighed vurderes af den enkelte læge, hvorved der kan forekomme variationer i metodevalget.

<sup>9</sup> For en uddybende fremstilling af begrebet reproduktive rettigheder se Stine Jørgensen: Etiske minoritetskvinders sociale rettigheder – Arbejdsmarked, seksualitet og uddannelse, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2007, p. 181-190.

<sup>10</sup> Universal Declaration of Human Rights, 1948.

tighederne i konventionen gælder, jf. art. 2, enhver *"without distinction of any kind, such as ...birth or other status"*. Efter at Verdenserklæringen blev vedtaget, fik the Human Rights Commission of the Economic and Social Council til opgave at lave udkast til to konventioner, der nærmere skulle udmønte rettighederne i Verdenserklæringen; den internationale konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder<sup>11</sup> (CESCR) og den internationale konvention om civile og politiske rettigheder<sup>12</sup> (CCPR). Sidstnævnte beskytter retten til liv i art. 6 (1): *"Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life."* Hvorvidt denne ret også omfattede fosteret, var et spørgsmål, man med vilje lod være åbent ved konciperingen.<sup>13</sup> The Human Rights Committee, der offentliggør sin fortolkning af konventionen i sine *General Comments*, har aldrig behandlet spørgsmålet om, hvorvidt beskyttelsen gælder fostre.<sup>14</sup> Derimod har the Human Rights Committee i sin behandling af artikel 6 fokuseret på kvinders ret til liv i forbindelse med abort, således at staterne skal sikre, at kvinderne ikke har nødig at få foretaget livstruende aborter i det skjulte.<sup>15</sup>

FN's Kvindekonvention<sup>16</sup> (CEDAW), der er underskrevet af Danmark, fokuserer særlig opmærksomhed på kvinders helbred og velbefindende i art. 12, idet staterne er forpligtede til at *"take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the field of health care in order to ensure, on a basis of equality of men and women, access to health care services, including those related to family planning"*. Kvindekonventionen anfører i sit introduktionsafsnit, at den er den eneste menneskeretlige konvention, der udtrykkeligt nævner familieplanlægning.<sup>17</sup> Der er således fokus på

---

<sup>11</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966 (trådt i kraft 1976).

<sup>12</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, 1966.

<sup>13</sup> UN Doc. A/3764, punkt 112.

<sup>14</sup> I General Comment 6: The Right to life (art. 6): 30/04/82, punkt 5, udtales det, at *"the right to life has been too often narrowly interpreted. The expression "inherent right to life" cannot properly be understood in a restrictive manner, and the protection of this right requires that States adopt positive measures. In this connection, the Committee considers that it would be desirable for States parties to take all possible measures to reduce infant mortality."* En reel indsats mod spædbarnsdødelighed kan dog også betyde et værn for fosteret.

<sup>15</sup> General Comment 28, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, punkt 10.

<sup>16</sup> Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1979 (trådt i kraft 1981).

<sup>17</sup> Børnekonventionen nævner også udtrykkeligt familieplanlægning som et middel til at implementere barnets ret til sundhed, jf. art. 24.2.f. Seksualitet er mere bredt indeholdt i almindelige menneskeretlige figurer som ret til privatliv og familieliv, se nærmere Stine Jør-



## Kapitel 4

kvinders reproduktive rettigheder, idet kvindens reproduktive rolle knyttes til ligestillingsmålsætningen; *"the role of women in procreation should not be a basis for discrimination"*, som det anføres i præambelens 13. betragtning.

CEDAW-komiteén vedtog i 1999 General Recommendation 24, der nærmere uddyber forpligtelsen i art. 12, og de forhold staterne som følge heraf skal tage højde for i landerapporterne. Staterne skal bl.a. rapportere deres forståelse af, hvordan sundhedsmæssige politikker og tiltag adresserer kvinders ret til sundhed og med et perspektiv, der tager udgangspunkt i kvinders behov og interesser.

Der skal tages hensyn til biologiske faktorer, herunder forskellen i reproduktive sundhedsbehov og funktioner, men også faktorer, der knytter sig til sundhedsvæsenet, såsom beskyttelse af fortrolighed, særligt i stigmatiserede situationer, idet uønsket graviditet nævnes som eksempel. Det understreges ligeledes, at der er en forpligtelse til at sørge for, at sundhedsydelser leveres på en måde, der respekterer kvindens værdighed. Heri ligger også, at straffebestemmelser, der kriminaliserer sundhedsmæssige behandlinger, som kun kvinder har brug for, og straffer de kvinder, der gør brug af dem, udgør en hindring for kvinders ret til sundhed og derfor må karakteriseres som diskrimination.

Konventionens art. 16.1.e. fastslår, at kvinder skal have samme rettigheder som mænd til frit og ansvarsfuldt selv at bestemme antallet af børn og med hvilket interval de fødes, samt at få adgang til den information, vejledning eller andre midler, der gør dem i stand til at udøve denne rettighed.

De stater, der har underskrevet konventionen, er således ud fra formuleringerne forpligtet til i et eller andet omfang at stille svangerskabsafbrydelse til rådighed for kvinder. Mens art. 12 må forstås som indeholdende en forpligtelse til at stille abort til rådighed, hvis indgrebet er nødvendigt af helbreds- eller sundhedsmæssige grunde i relation til kvinden, så er det mere usikkert, i hvor høj grad art. 16.1.e. indebærer en ret til fri abort. Malta, der ikke tillader abort, har således også taget forbehold for denne bestemmelse, i det omfang den kan fortolkes som en forpligtelse for staten til at legalisere abort.

I forhold til den retlige kategorisering af fosteret bidrager FN-konventionerne således især i forhold til den afvejning, der sker i snitfladen til kvindens rettigheder, idet hensynet til kvinden vægter tungt. Det er usik-

---

gensen: Etniske minoritetskvinders sociale rettigheder – Arbejdsmarked, seksualitet og uddannelse, København, 2007, p. 181 note 426 og ff.

kert, om Kvindekonventionen i sig selv indeholder en forpligtelse til at stille abortindgreb frit til rådighed for kvinder, men er indgrebet nødvendigt af helbredsmæssige grunde, vægtes hensynet til kvinden utvivlsomt tungt.

### 3.1.2. EMRK

#### 3.1.2.1. Indledning

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og den tidligere Kommission har flere gange haft lejlighed til at tage stilling til abortspørgsmålet. Sagerne har både omhandlet, hvorvidt fosteret har en ret til livet efter art. 2, om kvinden har en ret til abort under retten til privatliv i art. 8, og om manden har nogle rettigheder ved et abortindgreb, herunder er berettiget til at indbringe en klage for EMD og om han har relevante rettigheder under sin ret til respekt for privatliv og familieliv efter konventionens art. 8.

Den samlede praksis fra menneskerettighedsorganerne viser en stor tilbageholdenhed med at definere, om og i hvilken udstrækning fosteret er omfattet af retten til liv i art. 2. Alligevel har EMD og EMK fastslået en række vigtige pointer; nemlig ved på enkelte delspørgsmål at udtale sig meget klart om de forskellige aktørers rettigheder og hvordan disse rettigheder skal prioriteres og afvejes over for hinanden. Dette gælder både i rettighedssammenhødet mellem foster og kvinde og mellem kvinde og mand.

Som det fremgår nedenfor, er flere af de centrale sager afgjort af den tidligere Kommission, hvorfor man kunne indvende, at den retskildemæssige vægt er begrænset; Kommissionen eksisterer ikke længere, og desuden var Kommissionen ikke, hvad man traditionelt ville opfatte som en første instans, idet de sager, der ikke efterfølgende blev indbragt for EMD, blev afgjort af Ministerkomitéen efter Kommissionens indstilling.<sup>18</sup> I de sager, der er afgjort af domstolen, henvises dog ofte navnlig til de to første sager om abort, *Brüggemann & Scheuten v. Germany* fra 1977 og *Paton v. UK* fra 1980, og centrale elementer er på denne måde senere blevet understøttet af domstolen i dens argumentation. Kommissionssagerne har således haft en argumentativ vægt i den efterfølgende praksis, der kan begrunde, at de medtages som en afgørende del af det samlede menneskeretsbillede.

Frem for en kronologisk gennemgang af sagerne har jeg valgt at strukturere dette afsnit med afsæt i de temaer, der viser sig i praksis. Nogle sager bidrager dog ikke kun til det tema, de primært handler om. Denne tematisering

---

<sup>18</sup> Det gamle klagesystem, der bestod af Kommission, Domstol og Ministerkomité, er nærmere beskrevet i Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof, Tyge Trier, Nina Holst-Christensen og Jens Vedsted-Hansen: *Den Europæiske Menneskeretskonvention – EMRK kommentar* (art. 1-10), 2. udgave, København, 2003, p. 9-11.

frem for kronologi betyder således, at der i den enkelte sagsomtale kan være referencer til andre sager, der først omtales senere nedenfor i afsnittet. Den tematiske fremstilling har dog den fordel, at det bliver mere tydeligt, hvilke beskyttelseshensyn og afvejninger der viser sig i den menneskeretlige optik.

### 3.1.2.2. Afvejningen mellem kvinden og fosteret

Det første tema fra menneskerettighedsorganernes praksis, jeg vil fremdrage, er afvejningen mellem kvinden og fosteret. Her er der tre sager fra praksis, der nærmere kan belyse spørgsmålet.

I 1980 fik Kommissionen for anden gang lejlighed til at behandle abortspørgsmålet i sagen Paton v. UK.<sup>19</sup> Denne sag omhandler primært forholdet mellem manden og kvinden, som jeg vil drøfte senere nedenfor, men er samtidig den sag, hvor Kommissionen for første gang opstiller tre mulige opfattelser af fosterets ret til liv, og gør sig overvejelser om afvejningen mellem kvinde og foster. I denne sag havde en ægtemand ved den nationale domstol forsøgt at få nedlagt forbud mod, at hans hustru fik foretaget en abort. Sagen blev afvist med den begrundelse, at en retskendelse, der forbød visse handlinger, kun kunne gives for at forhindre, at en rettighed blev krænket. Fosteret havde ikke rettigheder efter national britisk ret, før det var blevet født og havde opnået en eksistens uafhængig af kvinden. Faderen havde derfor heller ikke nogen rettigheder, hverken til at forhindre kvinden i at få foretaget en abort eller til at blive informeret eller konsulteret. Kvinden fik foretaget abortindgrebet, få timer efter at sagen blev afvist. Paton klagede herefter til Kommissionen, idet han gjorde gældende, at den britiske Abortion Act krænkede EMRK både ved at tillade abort i det hele taget, ved at nægte fosteret rettigheder og ved at fratage faderen et foster, uanset om han var gift med den gravide kvinde eller ej.

Kommissionen fastslog indledningsvis, at klageren som potentiel fader havde en så tilstrækkelig tilknytning til afbrydelsen af hans hustrus svangerskab, at han kunne anses for at være et ”offer” i art. 34’s forstand og derfor var klageberettiget.

---

<sup>19</sup> X v. the United Kingdom, application 8416/79, decision of 13 May 1980 on the admissibility of the application (unummererede præmisser). Sagen omtales fejlagtigt som Petrus v. UK i Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof, Tyge Trier, Nina Holst-Christensen og Jens Vedsted-Hansen: Den Europæiske Menneskeretskonvention – EMRK kommentar (art. 1-10), 2. udgave, København, 2003, p. 89, men omtales her som Paton v. UK, idet der henvises til den nationale sag Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees [1979] QB 276; [1978] 3 WLR 687; [1978] 2 All ER 987. Ved søgning i HUDOC henvises der dog til benævnelsen X v. UK, som anført.

Hvorvidt fosteret var omfattet af retten til liv i art. 2, var et spørgsmål, der var blevet ladet åben i *Brüggemann & Scheuten v. Germany* (der omtales senere nedenfor), og som ikke siden var blevet behandlet af Kommissionen. Med udgangspunkt i de *begrænsninger*, der er opstillet for ”enhvers ret til livet” i art. 2 (*dvs. muligheden for dødsstraf og magtanvendelse*), bemærker Kommissionen, at de i deres natur vedrører allerede fødte personer, og således ikke kan finde anvendelse på fosteret. Spørgsmålet er herefter, hvordan art. 2, der ikke udtrykkeligt udelukker fosteret, skal forstås. Kommissionen opstiller tre mulige udlægninger; for det første kan bestemmelsen fortolkes som en beskyttelse, der slet ikke omfatter fosteret, eller den kan forstås som en beskyttelse, der omfatter fosteret, men med ”*certain implied limitations*”, og endelig kan beskyttelsen give fosteret en absolut ret til livet. Den sidste mulighed udelukker Kommissionen, idet en abort som følge heraf måtte være udelukket, selv når der var alvorlig risiko for kvindens liv. At fosterets potentielle liv skulle være af højere værdi end den gravide kvindes liv, ville være imod EMRK’s hensigt og formål, idet Kommissionen i øvrigt henviser til, at alle staterne med en enkelt mulig undtagelse tillod abort i disse tilfælde på det tidspunkt, hvor EMRK blev underskrevet. Fosterets liv er derimod, som Kommissionen anfører, intimt forbundet med og kan ikke ses isoleret fra den gravide kvindes liv. Kommissionen afviser således den ene mulighed (absolut ret til liv), men tager ikke stilling til de to andre (ingen ret til liv eller nogen ret til livet, men med visse begrænsninger). Afvisningen af, at fosteret kan have en absolut ret til livet, betyder dog, at der i national ret ifølge denne afgørelse *skal* være mulighed for abortindgreb, når kvindens liv er på spil.

I sagen *Boso v. Italy*<sup>20</sup> (2002), der omtales senere nedenfor, udtalte EMD om den italienske abortlov og dens mulighed for fri abort indtil udgangen af 12. uge, at ”*such provisions strike a fair balance between ... the need to ensure protection of the foetus and ... the woman’s interests*”.<sup>21</sup> Fosteret er således heller ikke tillagt en sådan beskyttelse efter art. 2, i hvert fald ikke i det første trimester, at det udelukker, at kvindens selvbestemmelsesret vægtes højere.

Den sidste sag, der kan belyse dette tema er *Tysiac v. Poland*<sup>22</sup> (2007). I denne sag var en gravid kvinde, der led af ekstrem nærsynethed blevet rådet af sin læge til at få foretaget en abort, idet hun i modsat fald risikerede helt at miste synet. Gynækologen på den klinik, hun blev henvist til, afslog imidlertid, at hun opfyldte betingelserne for at få foretaget en abort. Hun fødte

<sup>20</sup> *Boso v. Italy*, application no. 50490/99, Decision, 5. september 2002.

<sup>21</sup> Afsnittet ”the law”, pr. 1.

<sup>22</sup> *Tysiac v. Poland*, application no. 5410/03, judgment, 20. marts 2007.

således barnet og mistede efterfølgende synet. Kvinden gjorde gældende, at hendes ret til privatliv var blevet krænket ved, at staten havde undladt at levere det abortindgreb, der var lovligt, hvorved hun var blevet udsat for en alvorlig helbredsrisiko. Privatlivskrænkelse var også sket i forhold til statens positive forpligtelse, idet det ikke var tilstrækkeligt, at der var lov hjemmel for indgrebet. Der måtte også være krav om, at rettigheden skulle beskyttes effektivt, således at hun kunne få en retlig prøvelse af en læges afslag, særligt når der som i den konkrete sag forelå henvisning fra en speciallæge til abortindgrebet, og hun alligevel fik afslag fra den gynækologiske læge.<sup>23</sup> Mens det altså i *Paton v. UK* blev fastlagt, at den nationale lovgivning skal give mulighed for en abort, der er nødvendig af hensyn til kvindens liv, for at leve op til den beskyttelse, kvinden har krav på efter art. 2, så lagde klageren i *Tysiac v. Poland* op til spørgsmålet, om dette krav kunne konkretiseres yderligere, således at hensynet til kvindens helbred kunne være et lige så vægtigt beskyttelseshensyn, som en del af hendes ret til privatliv, som hensynet til kvindens liv.

EMD udtalte, at mens abortspørgsmålet traditionelt havde været et spørgsmål om at afveje retten til privatliv på den ene side over for statens interesse i at varetage den offentlige moral o.lign. på den anden side, så var der, for så vidt angår terapeutisk abort, også et spørgsmål om statens positive forpligtelse til at sikre gravide kvinders fysiske integritet.<sup>24</sup> Selvom EMD indledningsvis understregede, at det ikke var domstolens opgave i den konkrete sag at undersøge, hvorvidt EMRK garanterer en ret til abort,<sup>25</sup> idet kvinden i sagen allerede havde en ret til abort efter den nationale lovgivning, når der var fare for hendes liv eller helbred, så fremstår dommen alligevel som første skridt i retning mod en mere dynamisk og formålsrettet fortolkning i abortspørgsmålet: Mens konventionen *"does not guarantee as such a right to any specific level of medical care"*, så understreger EMD, at den i sin tidligere praksis har fortolket privatlivsbegrebet sådan, at en persons fysiske og psykiske integritet også er omfattet, og at staterne har en positiv forpligtelse til at sikre borgerne deres ret til effektiv respekt for denne integritet.<sup>26</sup> Efter som staterne altså også har en positiv forpligtelse til at sikre en effektiv respekt for gravide kvinders fysiske integritet, så synes denne udtalelse at forudsætte, at der skal være adgang til terapeutisk abort, for at en stat kan leve op til sine positive forpligtelser. Om denne konklusion kan drages ud over den konkrete sag, hvor staten havde opfyldt sin positive forpligtelse på dette punkt, men blot ikke havde sikret, at der var tale om en effektiv beskyttelse,

---

<sup>23</sup> Pr. 74-85.

<sup>24</sup> Pr. 107.

<sup>25</sup> Pr. 104.

<sup>26</sup> Pr. 107.

må fremtiden vise. Det er dog ikke ualmindeligt, at EMD udfolder en mere offensiv fortolkning i deletaper og over tid.<sup>27</sup> Dette skridt, hvor adgangen til terapeutisk abort anskues som en implicit forudsætning for en reel beskyttelse af kvinders fysiske integritet, kan derfor meget vel være det første skridt på vejen til en større afklaring af abortspørgsmålets plads i menneskeretten.

### 3.1.2.3. Afvejningen mellem kvinden og staten

Det andet tema, der kan fremdrages fra praksis, er kvindens ret til selv at bestemme over sin krop som en del af retten til respekt for privatliv over for statens adgang til at regulere svangerskabsafbrydelse. Her viser praksis, at staten kan have en legitim interesse i at regulere dette område, men at der også er grænser herfor. Der er tre sager, der nærmere kan belyse temaet.

I *Brüggemann & Scheuten v. Germany*<sup>28</sup> (1977) var spørgsmålet, i hvor høj grad graviditet og svangerskabsafbrydelse hørte under kvindens privatliv efter EMRK art. 8.

I 1974 vedtog den tyske forbundsdag en reform af straffeloven, der indeholdt en udvidet adgang til at foretage svangerskabsafbrydelse samt bestemmelser om obligatorisk vejledning om støtteforanstaltninger til at fortsætte svangerskabet. Samme dag, som loven skulle træde i kraft afsagde forfatningsdomstolen imidlertid kendelse om, at ikrafttrædelsen var suspenderet, idet en række forbundslande havde krævet en prøvelse af lovens forenelighed med grundloven. Den 25. februar 1975 afsagde forfatningsdomstolen sin dom, hvorefter ændringen af straffeloven, der muliggjorde fri abort indtil 12. uge, blev erklæret ugyldig:

*”1. Das sich im Mutterleib entwickelnde Leben steht als selbständiges Rechtsgut unter dem Schutz der Verfassung (Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Art. 1 Abs. 1 GG). Die Schutzpflicht des Staates verbietet nicht nur unmittelbare staatliche Eingriffe in das sich entwickelnde Leben, sondern gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen.*

*2. Die Verpflichtung des Staates, das sich entwickelnde Leben in Schutz zu nehmen, besteht auch gegenüber der Mutter.*

*3. Der Lebensschutz der Leibesfrucht genießt grundsätzlich für die gesamte Dauer der Schwangerschaft Vorrang vor dem Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren und darf nicht für eine bestimmte Frist in Frage gestellt werden.*

*4. Der Gesetzgeber kann die grundgesetzlich gebotene rechtliche Mitbilligung des Schwangerschaftsabbruchs auch auf andere Weise zum Ausdruck bringen als mit dem Mittel der Strafdro-*

<sup>27</sup> Dette var eksempelvis tilfældet, for så vidt angår EMD's fortolkning af foreningsfriheden i forhold til eksklusivaftaler på arbejdsmarkedet, hvor der skete en betydelig udvikling fra *Young, James & Webster v. UK*, application no. 7601/76; 7806/77 af 13. august 1981 til *Sørensen & Rasmussen v. Denmark*, application nos. 52562/99 og 52620/99 af 11. januar 2006.

<sup>28</sup> *Rose Marie Brüggemann & Adelheid Scheuten v. the Federal Republic of Germany*, application no. 6959/75, Report adopted by the Commission on 12 July 1977.

## Kapitel 4

*hung. Entscheidend ist, ob die Gesamtheit der dem Schutz des ungeborenen Lebens dienenden Maßnahmen einen der Bedeutung des zu sichernden Rechtsgutes entsprechenden tatsächlichen Schutz gewährleistet. Im äußersten Falle, wenn der von der Verfassung gebotene Schutz auf keine andere Weise erreicht werden kann, ist der Gesetzgeber verpflichtet, zur Sicherung des sich entwickelnden Lebens das Mittel des Strafrechts einzusetzen.*

*5. Eine Fortsetzung der Schwangerschaft ist unzumutbar, wenn der Abbruch erforderlich ist, um von der Schwangeren eine Gefahr für ihr Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung ihres Gesundheitszustandes abzuwenden. Darüber hinaus steht es dem Gesetzgeber frei, andere außergewöhnliche Belastungen für die Schwangere, die ähnlich schwer wiegen, als unzumutbar zu werten und in diesen Fällen den Schwangerschaftsabbruch straffrei zu lassen.*

*6. Das Fünfte Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 18. Juni 1974 (BGBl. I S. 1297) ist der verfassungsrechtlichen Verpflichtung, das werdende Leben zu schützen, nicht in dem gebotenen Umfang gerecht geworden.“<sup>29</sup>*

Forfatningsdomstolen underkendte således den frie abort, med henvisning til at fosteret nød en beskyttelse, der var højere vægtet end kvindens selvbestemmelsesret, mens den etiske og eugeniske indikation, der også udgjorde en nyskabelse i lovforslaget, blev opretholdt, fordi det ville være urimeligt, at et svangerskab skulle gennemføres i disse situationer.

Da sagen blev indbragt for Den Europæiske Menneskerettighedskommission gjorde klagerne gældende, at dommen afsagt af forfatningsdomstolen og den modificerede udgave af ændringen af straffeloven, der efterfølgende blev vedtaget af forbundsdagen, fratog dem retten til selvbestemmelse og derfor var et indgreb i deres ret til respekt for privatliv og familieliv.<sup>30</sup>

Kommissionen udtalte, at retten til respekt for privatliv har en sådan rækkevidde, at den sikrer individet en sfære, hvor han eller hun frit kan udfolde og udvikle sin personlighed, også ved at etablere forhold, herunder seksuelle forhold til andre personer. Men den personlige sfære er ikke uden grænser: *”the claim to respect for private life is automatically reduced to the extent that the individual himself brings his private life into contact with public life or into close connection with other protected interests ... pregnancy cannot be said to pertain uniquely to the sphere of private life. Whenever a woman is pregnant her private life becomes closely connected with the developing*

---

<sup>29</sup> BVerfGE 39, 1.

<sup>30</sup> Der gøres opmærksom på, at sagen fejlagtigt er udlagt som omhandlende to kvinders klage over manglende beskyttelse af fostre i henseende til provokeret abort i Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof, Tyge Trier, Nina Holst-Christensen og Jens Vedsted-Hansen: Den Europæiske Menneskeretskonvention – EMRK kommentar (art. 1-10), 2. udgave, København, 2003, p. 87.

*foetus*. ”<sup>31</sup> Kommissionen fandt i øvrigt, at det ikke var nødvendigt at beslutte, om fosteret kunne anses for at være ”liv” i art. 2’s betydning eller kunne anses for ”*an entity which under Art. 8 (2) could justify an interference ‘for the protection of others’*.” Derimod lagde man vægt på, at visse interesser i forbindelse med graviditet var retligt beskyttet, således var den antciperede arveret tillagt det undfangede, men endnu ufødte barn i alle EMRK-landene, ligesom alle landene også i forskellig form havde regler, der regulerede svangerskabsafbrydelse. En sådan regulering var udtryk for, at graviditet og abort ikke udelukkende var en sag for kvindens privatliv, og regulering af svangerskabsafbrydelse udgjorde således ikke altid et indgreb. På baggrund af dette ræsonnement nåede Kommissionen frem til, at de tyske regler ikke havde krænket klagerens ret til respekt for privatliv. Selvom muligheden for fri adgang til abort var blevet underkendt af forfatningsdomstolen, var der nemlig stadig i tysk ret andre muligheder for abort, ligesom der var indført straffrihed for aborter i visse situationer.<sup>32</sup>

I *Open Door v. Ireland*<sup>33</sup> var spørgsmålet, om retten til ytrings- og informationsfrihed i art. 10 også omfattede retten til at udbrede og modtage oplysninger om abort. Klagen var en videreførelse af en sag, der på det nationale niveau havde involveret forelæggelse af et præjudicielt spørgsmål for EF-domstolen.<sup>34</sup> Denne sag omtales senere nedenfor i afsnit 3.2, men det kan indledningsvist nævnes, at EF-Domstolen ikke mente, den var kompetent til at bedømme om forbuddet mod en studenterorganisations udbredelse af oplysninger om abortklinikker i andre medlemslande var i strid med EMRK art. 10,<sup>35</sup> og sagen forgrenede sig af denne grund også til EMD. Klagerne i *Open Door* bestod både af rådgivere, der klagede over forbuddet mod at udbrede oplysninger om abortklinikker i andre lande, og af et par kvinder i den fødedygtige alder, der klagede over forbuddet mod at modtage oplysninger om abortklinikker i andre lande i det tilfælde, de blev gravide.

EMD fastslog både, at klagerne alle var at anse for ”ofre” i konventionens forstand og derfor var kompetente til at indbringe klagen for EMD,<sup>36</sup> og at

---

<sup>31</sup> Pr. 55-56 og 59.

<sup>32</sup> Pr. 63, jf. 62.

<sup>33</sup> *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, application no. 14234/88; 14235/88, judgment, 29 oktober 1992.

<sup>34</sup> Se nærmere C-159/90: *SPUC mod Stephen Grogan*, pr. 5.

<sup>35</sup> Pr. 24.

<sup>36</sup> Se nærmere pr. 41-44. Generelt kan det således anføres, at kredsen af klageberettigede i denne type sager er kvinder i den fødedygtige alder (der er således ikke krav om, at kvinden aktuelt skal være gravid). Kvinder kan altså være klageberettiget i bred forstand, fordi de i abortspørgsmålet er direkte påvirket af den lov eller det indgreb, som foranlediger klagen.



EMD var berettiget til at efterprøve statens skønsmargin, selvom der var tale om et moralsk spørgsmål, der var afgjort med henvisning til den nationale forfatning: *"The Court cannot agree that the State's discretion in the field of the protection of morals is unfettered and unreviewable...It acknowledges that the national authorities enjoy a wide margin of appreciation in matters of morals, particularly in an area such as the present which touches on matters of belief concerning the nature of human life. As the Court has observed before, it is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States a uniform European conception of morals, and the State authorities are, in principle, in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of the requirements of morals as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them ... However this power of appreciation is not unlimited. It is for the Court, in this field also, to supervise whether a restriction is compatible with the Convention."*<sup>37</sup>

I sin vurdering af, hvorvidt restriktionen af klagernes ret til ytrings- og informationsfrihed var proportional, genkaldte EMD sig først og fremmest, at art. 10 også gælder information eller idéer, der støder, chokerer eller virker generende på staten eller bestemte befolkningsudsnit. Det følger af begreberne pluralisme, tolerance og frisind, som er forudsætningen for det demokratiske samfund. Indskrænkningen gjaldt information om ydelser, der var lovlige i andre EMRK-lande, og som kunne have afgørende betydning for kvinders helbred og velbefindende. Navnlig det første gjorde, at en indskrænkning *"call for careful scrutiny by the Convention institutions as to their conformity with the tenets of a democratic society"*. De relevante faktorer, der måtte overvejes i proportionalitetstesten, var både, at rådgivningen var neutral, og at kvinderne derfor både kunne beslutte at fortsætte eller afbryde et svangerskab, hvorfor årsagssammenhængen mellem rådgivningen og ødelæggelsen af ufødt liv ikke var så klar som påstået, samt ikke mindst det sundhedsmæssige perspektiv. EMD fremhævede, at uden denne rådgivning var kvinderne henvist til reklamer for abortklinikker i importerede blade og telefonbøger. Det var således muligt at få oplysninger om abortklinikker i udlandet andre steder i Irland, men på en måde, der ikke involverede kvalificeret personale, og derved var beskyttelsen af kvinders helbred mindre. Derudover mente EMD, at det forelagte materiale indikerede, at forbuddet

---

Mænd kan derimod ikke være klageberettiget på det generelle plan, idet det udelukkende er ægtemanden til kvinden, der påtænker at få abort og den formodede far til et foster, hvor han og kvinden er ugift, der kan være klageberettiget. Se også Karen Reid: *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 2nd Edition, London, 2004, p. 191-192. Spørgsmålet om mandens rettigheder belyses i øvrigt nærmere senere nedenfor.

<sup>37</sup> Pr. 68.

havde skabt en risiko for de kvinder, som nu søgte abort på et senere tidspunkt i graviditeten på grund af mangel på rigtig rådgivning, og som ikke efterfølgende opsøgte lægefagligt tilsyn efter abortindgrebet. I lyset af disse hensyn fastslog EMD, at forbuddet ikke var proportionalt, og derfor var der sket en krænkelse af klagerens ret til ytrings- og informationsfrihed efter art. 10.

Mens Brüggenmann & Scheuten v. Germany fastslog, at en graviditet bringer kvindens krop og hendes ret til privatliv ind i en ny sfære, hvor hendes rettigheder mødes med det spirende fosters rettigheder og statens interesse i at varetage disse, så synes Open Door v. Ireland modsat at opstille nogle begrænsninger for statens ret til at gøre indgreb. I sin bedømmelse af, at forbuddet mod udbredelse af oplysninger om abort ikke var proportionelt, lagde domstolen således afgørende vægt på hensynet til kvinders helbred. Denne interesse er så tungtvejende, og har en så nær sammenhæng med hendes ret til at modtage vejledning og oplysning af kvalificeret personale, at der ikke kan gøres indskrænkning i retten til at udbrede og modtage oplysninger om abort, heller ikke selvom abortindgrebet er ulovligt i det land, hvor informationerne udveksles. Selvom statens *margin of appreciation* inden for følsomme moralske spørgsmål er bred, er den ikke "*unreviewable*". Et af de eneste eksempler på, at domstolen har underkendt statens skønsmargin i relation til abort, er således i forbindelse med informations- og ytringsfriheden, mens man har været mere tilbageholdende med at definere rækkevidden af kvindens ret til privatliv, selvom mange af de samme sundhedsmæssige argumenter kunne gøres gældende: Hvis der ikke er en ret til fri abort, så er kvinden overladt til aborter i det skjulte, der ikke udføres af kvalificeret personale under forsvarlige forhold.

Denne forskel kunne måske søges forklaret, i hvilke typer rettigheder og rettighedssammenstød der er tale om. Open Door v. Ireland omhandlede den klassiske relation mellem staten og borgeren og menneskerettighedernes funktion som garant for, at der ikke sker overgreb på fundamentale friheder. De nævnte sager om abort synes derimod at klassificere retten til privatliv i relation til abort som en anden type rettighed, der involverer nogle særegne rettighedssammenstød og en relation mellem rettighedsindehaverne, der går ud over stat/borger-relationen. Forskellen kunne begrundes med, at EMD uanset sin afvisning af at fastslå, hvorvidt fosteret er omfattet af retten til liv i art. 2, alligevel tillægger det betydning, at staten i disse sager også varetager fosterets position ved at opretholde bestemte forestillinger om menneskelivets værdi. Staten ønsker altså i disse sager at sikre retten til respekt for menneskelig værdighed, som er menneskerettighedskatalogets mest basale

## Kapitel 4

værdi.<sup>38</sup> Rettighedssammenstødet sker altså potentielt med denne grundlæggende rettighed som baggrund, og det betyder, at spørgsmålet i sin natur er fundamentalt anderledes end problemstillingen i *Open Door v. Ireland*. At fosteret enten i sig selv eller som konstruktion eller symbol har en status, der knytter sig til retten til liv og respekt for værdighed – og som derfor får en betydning i proportionalitetstesten mellem de involverede aktører – kunne forklare, at man har set så forskelligt på informationsfriheden over for privatlivsbeskyttelsen, idet retten til privatliv lige så vel kunne fortolkes som indeholdende en vis ret til abort for gravide kvinder.

I *Tysiac v. Poland* (2007) var der som tidligere nævnt legale muligheder for at få abort af helbredsmæssige årsager. Lovgivningen havde dog ikke taget højde for, at der kunne være uenighed mellem kvinde og læge eller mellem læger indbyrdes, og havde ikke opstillet et klage- eller prøvelsessystem. Sagen gik altså ikke videre end *Brüggemann & Scheuten* i forhold til at fastslå, om kvinder har en menneskeretlig beskyttet ret til fri abort. Det centrale ved *Tysiac*-dommen blev dog, at staten har en positiv forpligtelse efter art. 8 til at sikre en effektiv respekt for kvindens fysiske integritet, hvilket synes at forudsætte en ret til *terapeutisk* abort, når der er fare for kvindens fysiske *helbred*.<sup>39</sup>

Flere år før *Brüggemann & Scheuten* havde den amerikanske Supreme Court i *Roe v. Wade*<sup>40</sup> (1973) været langt mere offensiv i sin fortolkning af abortspørgsmålet som en del af kvindens ret til privatliv. I dommen udtales det, at retten til privatliv

*”founded in the Fourteenth Amendment’s concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is ... is broad enough to encompass a woman’s decision whether or not to terminate her pregnancy...The Court’s decision recognizing a right to privacy also acknowledge that some state regulation in areas protected by that right is appropriate...a State may properly assert important interests in safeguarding health, in maintaining medical standards, and in protecting potential life. At some point in pregnancy, these respective interests become sufficiently compelling to sustain regula-*

---

<sup>38</sup> Se hertil Deryck Beyleveld & Roger Brownsword: *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford, 2001, p. 21-25.

<sup>39</sup> Det bemærkes, at EMD i dommen også generelt opfatter psykisk integritet som indeholdt i privatlivsbegrebet, men da den konkrete sag udelukkende omhandlede den fysiske integritet, er dette formentlig årsagen til, at der umiddelbart synes at være en sontring mellem de to.

<sup>40</sup> U.S. Supreme Court, *Roe v. Wade*, 410 US 113 (22. januar 1973). En omfattende gennemgang af sagen findes i N.E.H. Hull & Peter Charles Hoffer: *Roe v. Wade – The Abortion Rights Controversy in American History*, Lawrence, 2001, kapitel 4.

*tion of the factors that govern the abortion decision. The privacy right involved, therefore, cannot be absolute.*"<sup>41</sup>

Ved at knytte kvindens ret til privatliv til en grundlæggende frihedsrettighed og tildele privatlivsbeskyttelsen forrang udtalte domstolen således, at en stat ikke kunne regulere abortspørgsmålet i det første trimester. På dette tidspunkt måtte beslutningen og indgrebet alene være en sag mellem kvinden og hendes læge. I det andet trimester kunne en stat være berettiget til at regulere abortspørgsmålet af hensyn til kvindens helbred, eksempelvis opstille krav til, hvilke kvalifikationer der kunne kræves af en person, der foretog aborter, eller krav til stedets faciliteter, således at indgrebet kun måtte foretages på hospitaler eller klinikker. Fra det tidspunkt fosteret var levedygtigt, kunne staten af hensyn til at beskytte det potentielle liv regulere og endog forbyde abort, undtagen når indgrebet var nødvendigt af hensyn til kvindens liv eller helbred.

Ved denne trimester inddeling undgik domstolen at tage stilling til spørgsmålet om livets begyndelse: *"We need not resolve the difficult question of when life begins. When those trained in the respective disciplines of medicine, philosophy, and theology are unable to arrive at any consensus, the judiciary, at this point in the development of man's knowledge, is not in a position to speculate as to the answer."* Eftersom hverken biologiske eller etiske kategoriseringer kunne levere objektive svar, valgte man i stedet at tage udgangspunkt i, hvordan fosteret traditionelt blev anskuet retligt: *"the fetus, at most, represents only the potentiality of life. Similarly, unborn children have been recognized as acquiring rights or interests by way of inheritance or other devolution of property, and have been represented by guardians ad litem. Perfection of the interests involved, again, has generally been contingent upon live birth. In short, the unborn have never been recognized in the law as persons in the whole sense."*<sup>42</sup> Supreme Court afviser således på den ene side at fastslå, hvornår livet begynder, men benytter sig alligevel af argumenter fra etikken i afdækningen af, hvorvidt fosteret har retlig status. Potentialitetssynspunktet<sup>43</sup> afvises således som en tilstrækkelig betingelse for at opnå en retlig position i denne kontekst.

Argumentet om anticiperede rettigheder blev af Menneskerettighedskommissionen brugt til at nå det modsatte resultat i *Brüggemann & Scheuten v. Germany*, idet dette argument for EMK understregede, at visse interesser i

---

<sup>41</sup> Dommens afsnit VIII.

<sup>42</sup> Dommens afsnit IX.

<sup>43</sup> Se nærmere kapitel 3.

forbindelse med graviditet var retligt beskyttede. Graviditet og abort kunne derfor ikke siges at være en sag udelukkende for kvindens privatliv.

Både den amerikanske og irske forfatning<sup>44</sup> har været fortolket til støtte for at give kvinder rettigheder i relation til abort, den amerikanske i udpræget grad ved at betone retten til reproduktiv autonomi som en del af privatlivsbegrebet, og den irske i mindre grad, men dog som en garanti for, at kvindens liv og helbred er en værdi, der ikke kan tilsidesættes, uanset at fosterets liv udtrykkeligt er beskyttet i forfatningen. Den nationale ret skal også i EMD's optik være den primære kilde til udviklingen af individets rettigheder.<sup>45</sup> At der særligt på følsomme områder er denne skønsmargin til at afveje de individuelle rettigheder med behovet for at varetage samfundsmæssige interesser, fx i beskyttelsen af det potentielle liv, er fastslået flere gange af menneskerettighedsorganerne, selvom skønsmarginen ikke er *unreviewable*. Dette synes at forudsætte, at EMD inden for dette følsomme område opstiller en målestok, der udgør en slags tåletærskel, hvis overskridelse vil blive sanktioneret. Under denne tåletærskel er staten overladt en betydelig margin til at definere, hvilke rettigheder såvel kvinde som foster er i besiddelse af, og hvordan disse rettigheder skal afvejes over for hinanden, idet fosteret som symbol på den menneskelige værdighed kategoriseres forskelligt i de forskellige nationale retsordener.

Roe v. Wade og Brüggemann & Scheuten v. Germany kan på mange måder godt tåle en sammenligning. Selvom forbuddet mod abort var forskelligartet i de to sager, så var en fælles referenceramme den manglende adgang til selvbestemmelse, idet fri abort var udelukket i begge tilfælde. Alligevel når den amerikanske Supreme Court og Menneskerettighedskommissionen hvert sit resultat. I USA får kvinderne en ret til fri abort, der hviler direkte på forfatningens beskyttelse af hendes privatliv,<sup>46</sup> mens de europæiske kvin-

---

<sup>44</sup> Se nærmere afsnit 3.2 nedenfor.

<sup>45</sup> Både i form af kravet om, at de nationale retsmidler skal være udtømt, og i form af den *margin of appreciation*, der overlades til staterne. Se også D. v. Ireland, application no. 26499/02, Decision as to the admissibility, 28. juni 2006, pr. 90, jf. 102. I denne sag havde kvinden fået foretaget abortindgreb i England, da fosterdiagnostik havde vist, at fosteret led af Edward's syndrom (trisomi 18), og derfor formentlig kun ville overleve i ganske kort tid efter fødslen. Under sagen gjorde den irske regering gældende, at en abort i sådanne tilfælde var lovlig, og at kvinden skulle have søgt en tilladelse hos domstolene.

<sup>46</sup> Retten til privatliv blev i Roe v. Wade opfattet som en negativ rettighed, der begrænser statens mulighed for at gøre indgreb i privatlivssfæren. I en række efterfølgende sager afviste Supreme Court at anerkende en positiv rettighed, idet regeringerne ikke var forpligtet til at afsætte midler til ikke terapeutiske abortindgreb, jf. Mather v. Roe, 432 US 464 (1977) og Harris v. McRae, 448 US 297 (1980). Se Tom L. Beauchamp & James F. Childress: Principles of Biomedical Ethics, 5. udgave, New York, 2001, p. 359 og note 39.

der må sande, at deres privatlivsbeskyttelse ikke inkluderer en ret til fri abort under EMRK. At *Brüggemann & Scheuten v. Germany* vedrørte en klage over den tyske forfatningsdomstols afgørelse, har nok haft en betydning. At Menneskerettighedsorganerne må træde varsomt i forhold til staterne for at bevare sin legitimitet, udgør på én gang både svagheden og styrken: udviklingen af rettighedernes indhold sker langsomt over tid og i takt med den europæiske konsensus; herved er fortolkningen og udviklingen af rettighederne ikke altid så dynamisk, som domstolen selv giver udtryk for, men på den anden side har man i Europa været sparet for den åbne fløjkrig mellem *pro-life*- og *pro-choice*-bevægelserne som i USA, som måske kan forklares med, at abortspørgsmålet blev afgjort af domstolen og ikke som følge af en medinddragende lovgivningsproces.<sup>47</sup>

#### 3.1.2.4. Afvejningen mellem kvinden og manden

Et tredje tema i menneskerettighedsorganernes praksis er også knyttet an til kvindens ret til selv at bestemme over sin krop, og angår forholdet mellem manden og kvinden, og hvordan et rettighedssammenstød skal afvejes mellem disse to parter. Her er der foruden *Paton v. UK*, som allerede er blevet omtalt ovenfor, yderligere to relevante sager.

I *R.H. v. Norway*<sup>48</sup> (1992) var klageren en mand, hvis samlever havde fået afbrudt sin graviditet. Han gjorde gældende, at det var en krænkelse af art. 2, at fosteret ikke var beskyttet i norsk ret. Han henviste til, at svangerskabsafbrydelsen i 14. uge ikke var nødvendig for at beskytte moderens liv eller helbred, at han udtrykkeligt havde påtaget sig at drage omsorg for barnet efter fødslen, at han havde aftalt med moderen, at fosteret ikke skulle fratages sin livsmulighed og at han havde protesteret mod en abort fra det tidspunkt, hvor kvinden havde overvejet denne mulighed. Herudover gjorde han bl.a. gældende, at det var en krænkelse af art. 3 om umenneskelig be-

<sup>47</sup> Selvom Storbritannien også er et common law-land, og domstolene derfor er overladt en større retsskabende rolle ligesom i USA, så har samme fløjkrig heller ikke vist sig her, måske netop fordi abortspørgsmålet i Storbritannien også er reguleret ved lov og ikke udelukkende er blevet liberaliseret gennem retspraksis. Retspraksis har dog også her været med til at udvikle området for legal abort, jf. fx *R v. Bourne* (1938) 2 All ER 615. I denne sag var en 14-årig pige blevet gravid efter en massevoldtægt. Dr. Bourne udførte en abort og meldte efterfølgende sig selv til myndighederne. I retsbelæringen blev der lagt vægt på, at der var tale om en abort udført af en læge uden vederlag på baggrund af det lægefaglige skøn, idet en fortsættelse af graviditeten ville "make the woman a physical or mental wreck". Dommeren fremhævede endvidere, at alderen for en piges indgåelse af ægteskab netop var sat op fra 12 år til 16 år, og formodede, at dette var udtryk for, at det ikke er ønskeligt, at en pige indgår ægteskab eller får børn, når hun er under 16 år. Dr. Bourne blev frifundet af nævningene.

<sup>48</sup> *R.H. v. Norway*, application no. 17004/90, decision of 19 May 1992 on the admissibility of the application (unnummererede præmisser).

## Kapitel 4

handling, at der ikke var taget forholdsregler, således at fosteret ikke ville føle smerte ved abortindgrebet, og at det var en krænkelse af art. 9, at hans anmodning om at få udleveret fosteret til begravelse i overensstemmelse med hans jødiske tro var blevet afvist.

Kommissionen fandt, at *"having regard to ... [the] Norwegian legislation, its requirements for the termination of pregnancy as well as the specific circumstances of the present case, the Commission does not find that the respondent State has gone beyond its discretion which the Commission considers it has in this sensitive area of abortion"*. Klagen efter art. 2 blev således afvist. Hvad angik den manglende smertelindring og udlevering af fosteret til begravelse, mente Kommissionen ikke, at der forekom at være sket en krænkelse af art. 3 og 9, og afviste med denne begrundelse også den del af klagen.<sup>49</sup>

Manden havde derudover gjort gældende, at art. 8 måtte give faderen et minimum af rettigheder over det ufødte barn, når moderens helbred ikke var i fare, og et 14 uger gammelt foster måtte anses for at være en del af hans familie. Kommissionen bemærkede, at *"It is true that Articles 8 and 9 of the Convention guarantee the right to respect for private and family life and freedom to manifest one's religion. However, the Commission finds that any interpretation of the potential father's right under these provisions in connection with an abortion which the mother intends to have performed on her, must first of all take into account her rights, she being the person primarily concerned by the pregnancy and its continuation or termination. The Commission therefore finds that any possible interference which might be assumed in the circumstances of the present case was justified as being necessary for the protection of the rights of another person."*<sup>50</sup>

I *Boso v. Italy*<sup>51</sup> (2002) afviste EMD en klage fra en mand, hvis hustru havde fået en abort. I denne sag afviste domstolen igen at tage nærmere stilling til i hvilket omfang fosteret kunne være beskyttet under art. 2, men fastslog dog, at *"even supposing that, in certain circumstances, the foetus might be considered to have rights protected by Article 2 of the Convention, the Court notes that in the instant case ... it appears ... that his wife's pregnancy was terminated in conformity with section 5 of Law no. 194 of 1978"*. Den nævnte italienske abortlov gav mulighed for fri adgang til svangerskabsafbrydelse indtil udløbet af 12. uge og derefter på medicinsk eller eu-

---

<sup>49</sup> Jf. afsnittet "the law", pr. 1 og 2.

<sup>50</sup> Jf. afsnittet "the law", pr. 4.

<sup>51</sup> *Giampiero Boso v. Italy*, application no. 50490/99, decision as to the admissibility, 5 september 2002.

genisk indikation. Denne regulering, udtalte EMD, *"strike a fair balance between, on the one hand, the need to ensure protection of the foetus and, on the other, the woman's interests ... the Court does not find that the respondent State has gone beyond its discretion in such a sensitive area"*. Hvad angik faderens manglende mulighed for at opnå indflydelse på beslutningen om abort, udtalte EMD, at *"any interpretation of a potential father's rights under Article 8 of the Convention when the mother intends to have an abortion should above all take into account her rights, as she is the person primarily concerned by the pregnancy and its continuation or termination ... Accordingly, any interference with the right protected under Article 8 which might be assumed in the circumstances of the case was justified as being necessary for the protection of the rights of another person."*<sup>52</sup>

Både i *Boso v. Italy* og *R.H v. Norway* uddybede henholdsvis EMK og EMD således i forlængelse af *Paton v. UK*, at manden ikke har nogen rettigheder i relation til et abortindgreb og illustrerer herved, at mandens manglende status ikke blot er knyttet til det mere tungtvejende hensyn til kvindens kropslige autonomi, men også i bredere forstand afkobler manden fra abortspørgsmålet, således at han heller ikke er berettiget til at råde over det aborterede fostervæv med henblik på begravelse. Det er interessant at bemærke, at ingen af sagerne diskuterer eller udfordrer den potentielle fars retlige interesse. Det blev således lagt til grund i alle tre sager, at klageren var potentiel far, og dette var en så tilstrækkelig tilknytning til graviditeten, at han kunne betragtes som et klageberettiget "offer" i konventionens forstand. Modsat tendensen i dansk ret var et fastslået juridisk faderskab således ikke en forudsætning for at erhverve rettigheder, bl.a. til som klager og stedfortræder at varetage fosterets interesser. I dansk ret er der i børneloven mulighed for, at en mand kan rejse sag om faderskabet, men ellers er udgangspunktet, som jeg vil vende tilbage til i de følgende kapitler, at alle rettigheder er betinget af et juridisk faderskab. Derimod kan manden altså efter konventionspraksis have en processuel status til at få prøvet spørgsmålet både om egne rettigheder, og også om fosterets rettigheder.

### 3.2. Abort i EU-retten

Adgangen til svangerskabsafbrydelse er reguleret meget forskelligt i union-landenes nationale regelsæt. Mens vi i Danmark har adgang til fri abort indtil udgangen af 12. svangerskabsuge, er den tilsvarende grænse i Sverige på 18 uger. I Storbritannien tager abortreguleringen ikke udgangspunkt i et autonomibaseret retskrav, men er formuleret som en række straffritagelsesmuligheder for læger, som gør abort muligt frem til udgangen af 24. uge, så-

<sup>52</sup> Jf. punkt 1 under afsnittet "The Law" (unummererede præmisser).



fremt bestemte betingelser og indikationer er opfyldt.<sup>53</sup> De nationale forskelle findes inden for hele området af reproduktionsrelaterede sundhedsydelser og omfatter ud over abort bl.a. også adgangen til in vitro behandling mod barnløshed, brug af præimplantationsdiagnostik, kønsselektion og donoranonymitet. Der er således en vifte af behandlinger og ydelser, der etisk opfattes så forskelligt i de enkelte medlemsstater, at det har udmøntet sig i meget forskellige lovgivningsstrategier. Det betyder, at der er et ganske stort europæisk marked for ”reproduktions-turisme”, hvor borgere søger til de lande, hvor de kan få den ønskede behandling eller ydelse.<sup>54</sup>

Denne forskel på de nationale reguleringer skyldes, at det er medlemslandene, der er ansvarlige for organiseringen og leveringen af sundhedsydelser og medicinsk behandling.<sup>55</sup> Om abort skal være forbudt eller tilladt, og under hvilke betingelser et abortindgreb kan udføres, er således ikke et spørgsmål, der er omfattet af fællesskabsretten.<sup>56</sup> Derimod finder de almindelige traktatregler om fri bevægelighed af personer, varer og tjenesteydelser også anvendelse inden for sundhed og social sikring.<sup>57</sup> EF-Domstolen har udtrykkeligt taget stilling til, at lægelig afbrydelse af et svangerskab, der udføres lovligt i den stat, hvor den foretages, er omfattet af tjenesteydelsesbegrebet i

---

<sup>53</sup> Den svenske abortgrænse fremgår af Abortlag (SFS 1974:595) og den britiske af Abortion Act 1967 (jf. også Human Fertilisation and Embryology Act 1990, section 37). En omfattende komparation af forskellige abortlovgivningsmodeller kan findes i Albin Eser & Hans-Georg Koch: *Abortion and the Law – From International Comparison to Legal Policy*, The Hague, 2005.

<sup>54</sup> Forskellene omtales nærmere i Tamara K. Hervey & Jean V. McHale: *Health Law and the European Union*, Cambridge, 2004, p. 144-155.

<sup>55</sup> Se TEF art. 152, nr. 5 og Julian Lonbay: *The free movement of health care professionals in the European Community* i Richard Goldberg & Julian Lonbay (ed.): *Pharmaceutical Medicine – Biotechnology and European Law*, Cambridge, 2000, p. 45-75 (46-48).

<sup>56</sup> Dette er ikke til hinder for, at der alligevel kan udgå politiske hensigtserklæringer, opfordringer eller fx krav til nye ansøgerlande som kan lægge et vist pres på lande, hvis abortlovgivning afviger afgørende fra flertallet af medlemsstaternes lovgivning. I EU Parlamentets Resolution on Sexual and Reproductive Health and Rights (Committee on Women's Rights and Equal Opportunities) fra juni 2002 udtales det således, at ”*abortion should be made legal, safe and accessible to all*”. At EU kan være drivkraften for regulering på sundhedsområdet ses særligt i forbindelse med krav til nye ansøgerlande. Således er Bioetikkonventionen ratificeret af bemærkelsesværdigt mange nye EU-lande, da der var krav herom som forudsætning for medlemskabet af EU på trods af, at kun et fåtal af de ”gamle” EU-lande har ratificeret konventionen.

<sup>57</sup> Se hertil Caroline Heide-Jørgensen: *Nye tendenser i den fri bevægelighed i sundhedssektoren? EF-Domstolens domme af 28. april 1998 i sagerne Kohll og Decker*, UfR 1999B.47-54 (47).

TEF.<sup>58</sup> Det betyder dels, at en borger frit må rejse til en anden medlemsstat for at få foretaget et abortindgreb dér, og dels at en medlemsstat ikke frit kan opstille nationale hindringer, begrænsninger eller restriktioner for en tjenesteydelses grænseoverskridende elementer. I SPUC v. Stephen Grogan, der omhandlede en irsk studenterorganisations udbredelse af oplysninger om abortklinikker i Storbritannien, gjorde the Society for the Protection of Unborn Children gældende i forelæggelsen af det præjudicielle spørgsmål for Domstolen, at abort ikke kunne anses for at være en tjenesteydelse, fordi abort var umoralsk og medførte tilintetgørelse af det ufødte barns liv. Domstolen afviste imidlertid, at moralske overvejelser kunne spille en rolle: ”*Det er nemlig ikke Domstolens opgave at sætte sin vurdering i stedet for lovgivers vurdering i de medlemsstater, hvor den pågældende handling lovligt kan udføres.*”<sup>59</sup> <sup>60</sup>

Året efter SPUC v. Stephen Grogan var der igen i Irland en meget omtalt sag, hvor en 14-årig pige, der var gravid efter en voldtægt, blev forhindret i at rejse til Storbritannien for at få foretaget en abort. Pigen og hendes forældre havde henvendt sig til politiet for at diskutere muligheden for at få en dna-profil på gerningsmanden via det aborterede foster. På den baggrund nedlagde den irske High Court på foranledning af anklagemyndigheden forbud mod, at hun rejste, med henvisning til forfatningens beskyttelse af det ufødte liv og forbuddet mod abort. Den irske Supreme Court omstødte imidlertid dommen med henvisning til, at der var fare for, at pigen ville begå selvmord, hvis hun blev tvunget til at fuldføre svangerskabet, og forbuddet mod rejsen blev hævet med henvisning til denne fare for hendes liv.<sup>61</sup> Dommen medførte en ændring i den irske forfatning, således at det nu ud-

<sup>58</sup> TEF anfører udtrykkeligt, at de liberale erhvervs virksomhed er omfattet af begrebet tjenesteydelse. At lægelig virksomhed henhører under anvendelsesområdet blev fastslået af Domstolen i forende sager C-286/82 og 26/83, dom af 31. januar 1984: Luisi og Carbone, pr. 16. At abort er en tjenesteydelse fastslog Domstolen i SPUC v. Stephen Grogan (C-159/90: domstolens dom af 4. oktober 1991: The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. mod Stephen Grogan m.fl.), pr. 21. Lægelig virksomhed er i øvrigt uanset om virksomheden udøves inden eller uden for hospitalssektoren omfattet af tjenesteydelsesbegrebet, jf. sag C-157/99 domstolens dom af 12. juli 2001: Smits og Peerbooms.

<sup>59</sup> SPUC v. Stephen Grogan, pr. 20.

<sup>60</sup> Argumentationen genfindes i øvrigt i C-377/98 Holland mod Rådet og Parlamentet, hvor Holland anlagde annulationssøgsmål ved EF-Domstolen om direktiv 98/44/EF af 6. juli 1998 om retlig beskyttelse af biologiske opfindelser. Domstolen afviste, at direktivet ikke tilstrækkeligt definerede, hvornår et forhold stred mod ordre public, idet det var nødvendigt at give medlemsstaterne et vist råderum for nationale etiske grænser (pr. 39). Se også Tine Sommer: *Retlig beskyttelse af bioteknologi*, UfR 2000B.457-465 (463-464).

<sup>61</sup> Se Attorney General v. X [1992] IESC 1; [1992] 1 IR 1 (5<sup>th</sup> March, 1992) <[www.bailii.org/ie/cases/IESC/1992/1.html](http://www.bailii.org/ie/cases/IESC/1992/1.html)> /jan. 2007.

trykkeligt fremgår, at selvom forfatningen anerkender den ufødtes ret til livet, så indskrænker dette ikke friheden til at rejse til et andet land, ligesom friheden til at modtage eller udbrede oplysninger om ydelser, der udbydes lovligt i en anden stat, heller ikke er indskrænket som følge heraf.

Før Irland ratificerede Maastricht traktaten i 1992, var man meget optaget af, om EU-medlemskabet ville kunne hindre, at Irland fortsat havde en meget restriktiv tilgang til abort. Man fik derfor forhandlet et særligt tillæg til traktaten, Den Irske Protokol (nr. 17), som garanterer, at ingen af de fællesskabsretlige traktater eller retsakter vil få betydning for den irske forfatnings abortforbud. EF-Domstolen havde i den irske SPUC v. Stephen Grogan i 1991 fastslået, at abort var en tjenesteydelse, men at der i den konkrete sag ikke var tale om en hindring, der var i strid med traktaten, idet en studenterorganisations udbredelse af oplysninger om abortklinikker i andre medlemsstater gerne måtte forbydes, når blot de pågældende klinikker på ingen måde var involveret i udbredelsen af disse oplysninger.<sup>62</sup> Mens en erhvervsdrivende således ikke må hindres i at udbrede oplysninger om sin tjenesteydelse i andre medlemsstater, så var fællesskabsretten ikke optaget af, hvorvidt en medlemsstat kunne forbyde andre at udbrede oplysninger om abort. I dette tilfælde skete udbredelsen af oplysningerne i kraft af ytrings- og informationsfriheden. Dette aspekt blev afgjort af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i *Open Door v. Ireland*, og som nævnt ovenfor, blev det her slået fast, at oplysninger om abort er omfattet af EMRK art. 10, og at studenterorganisationer og andre derfor frit kunne udbrede dem. Både de fællesskabsretlige og menneskeretlige forpligtelser havde således haft en betydning for, hvor langt Irland kunne strække sin opfattelse af abortspørgsmålet.

Fællesskabsretten har også haft en betydning for udviklingen i den danske abortlovgivning. Mens der oprindeligt var et krav om bopæl her i landet som forudsætning for et abortindgreb, bortfaldt dette krav formelt med virkning fra 1. juli 2004 for at sikre overensstemmelse med EU-rettens regler om fri bevægelighed for tjenesteydelser.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> For en kritik af kravet om forbindelse mellem klinikkerne og studenterorganisationen se Cathleen M. Colvin: *Society for the Protection of Unborn Children (Ireland) Ltd. v. Grogan: Irish Abortion Law and Free Movement of Services in the European Community* i *Fordham International Law Journal* 1991/1992, 15, p. 467-526.

<sup>63</sup> Se Folketingets samling 2002-2003, L 184 – Forslag til lov om ændring af lov om svangerskabsafbrydelse og lov om sterilisation og kastration (fosterreduktion, svangerskabsafbrydelse på privathospitaler og ophævelse af bopælskrav), bemærkninger til nr. 3. I praksis var bopælskravet dog blevet fraveget også før dette tidspunkt.

Mens unionsborgerne altså frit kan bevæge sig mellem staterne for at opsøge tjenesteydelser, er det endnu vigtigere som følge heraf at afklare, i hvor høj grad en kvinde har ret til på den offentlige sygesikrings regning at få foretaget en abort i et andet EU-land. Dette kan især have betydning for den kvinde, der har fået afslag på abort i samrådet og ankenævnet, og som ønsker at få foretaget abortindgrebet i et medlemsland, hvor grænsen for abort er højere end i Danmark. Kvinden har som nævnt utvivlsomt ret til selv at købe en tjenesteydelse i et andet medlemsland, men i det omfang hun også har ret til at få tilskud eller udgiften refunderet af sygesikringen, er der naturligvis tale om en langt stærkere rettighed.

I 2000 trådte en ændring af sygesikringsloven<sup>64</sup> i kraft, således at sikrede kan få udgifter til visse behandlingsydelser refunderet. Ændringen var en konsekvens af dommene Kohll og Decker<sup>65</sup> fra EF-Domstolen, der fastslog, at TEF's bestemmelser om fri bevægelighed også gælder ydelser inden for den sociale sikring, herunder sygeforsikring.<sup>66</sup> Efter bekendtgørelse nr. 1119 af 10/11/2006 om adgang til tilskud efter sundhedsloven til varer og tjenesteydelser, der er købt eller leveret i et andet EU-/EØS-land, ydes der tilskud til nærmere afgrænsede tjenesteydelser, såsom tandlægehjælp og kiropraktisk eller fysioterapeutisk behandling. Derudover ydes der tilskud til læge- og speciallægehjælp til gruppe 2-sikrede. Der er altså tale om et tjenesteydelsesbegreb, der er knyttet til en vis form for egenbetaling.

Både Smits og Peerbooms-dommen<sup>67</sup> og Müller-Fauré og van Rietsdommen<sup>68</sup> underkender dog den fortolkning af tjenesteydelsesbegrebet, som bekendtgørelsen er udtryk for, og man kan derfor stille spørgsmålstejn ved om bekendtgørelsen er i overensstemmelse med EU-retten.

Efter bekendtgørelsen vil i det mindste gruppe 2-sikrede kvinder kunne få refunderet udgifter til læge- og speciallægehjælp. I det omfang en abort i en anden medlemsstat kan opnås hos en alment praktiserende læge eller en

<sup>64</sup> Lov nr. 467 af 31. maj 2000 om ændring af lov om offentlig sygesikring.

<sup>65</sup> C-158/96, domstolens dom af 28. april 1998: Raymond Kohll og C-120/95, domstolens dom af 28. april 1998: Nicolas Decker.

<sup>66</sup> For nærmere se Caroline Heide-Jørgensen: *Nye tendenser i den fri bevægelighed i sundhedssektoren? EF-Domstolens domme af 28. april 1998 i sagerne Kohll og Decker*, UfR 1999B.47-54, Kirsten Ketscher: *Socialret*, 3. udgave, København, 2008, kapitel 10, John Erik Pedersen: *EF Domstolen om sygehusbehandling i udlandet* i Ugeskrift for Læger 2001; 163 (43): 6009, Kirsten Ketscher og Kent Kristensen: *Ret til hospitalsbehandling i EU*, Ugeskrift for Læger 2001; 163 (43): 6467 og baggrundsartiklen ”EU-dom udvider patienters rettigheder” i Ugeskrift for Læger 2001; 163 (39): 5394.

<sup>67</sup> C-157/99, domstolens dom af 12. juli 2001: Smits og Peerbooms.

<sup>68</sup> C-385/99, domstolens dom af 13. maj 2003: Müller-Fauré og van Riets.

speciallæge, vil kvinden formentlig være berettiget til at få tilskud til et abortindgreb udført lovligt der. Det vil dog være en forudsætning, at der er tale om en ydelse, som kvinden i almindelighed har krav på efter sygesikringsloven. Abortbestemmelserne i sundhedsloven udfylder, som jeg vil vende tilbage til senere, det nærmere indhold af lovens behandlingsbegreb på dette område. Efter disse bestemmelser er der kun et betinget retskrav på abort efter udløbet af 12. svangerskabsuge, idet indgrebet er betinget af en tilladelse fra samrådet eller ankenævnet. Kvinden kan derfor ikke få dækket et abortindgreb af den danske sygesikring til at få foretaget et indgreb i en anden medlemsstat, som hun ikke ville have krav på at få i det danske sygehusvæsen.

I det omfang bekendtgørelsen er i strid med EU-retten, vil man altså stadig kunne fastholde de danske betingelser, der knytter sig til, at ydelsen er dækket af sygesikringen, fx kravet om at speciallægehjælp som udgangspunkt kræver henvisning fra den alment praktiserende læge, så længe disse betingelser ikke er nationalitetsdiskriminerende eller udgør en hindring for den frie bevægelighed. Dette fremgår af Müller-Fauré og van Riets-dommen.<sup>69</sup> Betingelsen om, at et abortindgreb efter udgangen af 12. uge kun kan foretages på fareindikation eller efter tilladelse, kan således opretholdes som forudsætning for, at sygesikringen dækker indgreb foretaget i et andet unionsland. I Smits og Peerbooms udtaler Domstolen, at *"fællesskabsretten i princippet ikke kan have til virkning at tvinge en medlemsstat til at udvide listen over de lægelige ydelser, der godtgøres af dens sociale sikringssystem, og at den omstændighed, at en lægebehandling er dækket eller ikke er dækket af andre medlemsstaters sygeforsikringsordning, herved er irrelevant"*.<sup>70</sup> Dog skal der også være adgang til behandling, som anses for sædvanlig i lægekredse, og det er den internationale lægefaglige sagkundskab, der lægges til grund for denne vurdering.

Der er således ikke generelt mulighed for, at danske kvinder kan få refunderet udgifter til abortindgreb udført i en anden medlemsstat, hvis der er tale om abortindgreb, der ikke tilsvarende ydes i Danmark. Det er dog som nævnt tvivlsomt, om den begrænsning, der er opstillet i bekendtgørelsen, er i overensstemmelse med EU-retten, idet tjenesteydelsesbegrebet i EF-domstolens praksis ikke knytter sig til (delvis) egenbetaling. Netop når der er tale om fri abort, har kvinden dog et retskrav på at få foretaget indgrebet, som derfor skal leveres rettidigt af regionsrådet. Selvom kvinden således principielt må have ret til at få foretaget et abortindgreb inden udgangen af 12. uge i hvilket som helst medlemsland med refusion fra sygesikringen, så

---

<sup>69</sup> Jf. pr. 106.

<sup>70</sup> Jf. pr. 87.

vil dette næppe udgøre en eftersøgt mulighed i praksis. Nu er den medicinske abort også brugt i Danmark, men det kunne ellers være et eksempel på, at muligheden kunne blive efterspurgt, hvis der i et andet land tilbydes en særlig skånsom metode, der endnu ikke tilbydes i Danmark, fx fordi lægemidlet ikke er godkendt.

Europæiske kvinder har således mulighed for at opsøge de mest gunstige nationale regler, men må som udgangspunkt selv afholde udgiften hertil, medmindre de i kraft af unionsborgerskabet eller i øvrigt har ret til at få dækket indgrebet. I medfør af forordning 631/04 om harmonisering af rettigheder og forenkling af procedurer har alle, der er omfattet af den danske sociale sikring, ret til gratis at få den sygehushjælp, der fra et medicinsk synspunkt bliver nødvendig under et ophold på en anden medlemsstats område, under hensyntagen til ydelsernes art og opholdets forventede varighed. Det betyder, at behovet for behandling skal opstå, mens man er i landet. Man kan således ikke udskyde en nødvendig behandling for at få den i udlandet, og EU-sygesikringskortet, der dokumenterer, at man er omfattet af den danske sociale sikring, giver ikke ret til at tage til udlandet med det formål at få behandling.<sup>71</sup> Harmoniseringen af rettigheder indebærer, at en gravid kvinde får ret til sygehjælp, herunder sygehjælp i anledning af graviditeten, hvis det bliver nødvendigt under et ophold.<sup>72</sup> Der må således være en medicinsk indikation og en vis akuthed til stede, før en abort kan opnås i det andet land.

Der kan dog argumenteres for, at TEF art. 12, der indeholder et generelt forbud mod nationalitetsdiskrimination, må indebære, at værtslandet i nogle situationer skal betale for en sygehusydelse, såfremt landets egne borgere kan opnå den pågældende ydelse gratis. Dette kunne være tilfældet, hvis kvinden er i landet som turist eller anden form for tjenesteydelsesnyder.<sup>73</sup>

Derudover gælder der særlige regler for de personer, der er omfattet af forordning 1408/71 om de sociale sikringsordninger og den frie bevægelighed

<sup>71</sup> Sådan fortolkes retstilstanden i hvert fald af de danske myndigheder, jf. dog forordning nr. 883/2004 art. 20, som ikke umiddelbart synes at være forenelig med denne fortolkning.

<sup>72</sup> Se Den Sociale Sikringsstyrelses nyhedsbrev nr. 02, maj 2004, hvor afgørelse nr. 183 af 27. juni 2001 om fortolkning af artikel 22, stk. 1, litra a), i forbindelse med sygehjælp under svangerskab og fødsel ophæves som følge af forordningen.

<sup>73</sup> I sagen C-186/87, domstolens dom af 2. februar 1989: Ian William Cowan betød forbudet mod forskelsbehandling, at personer, som efter fællesskabsretten frit kan rejse ind i den pågældende medlemsstat, navnlig som modtagere af tjenesteydelser, skulle ligestilles med landets egne borgere ved udbetaling af erstatning fra staten for voldsforbrydelse. Se også Hanne S. Børing: *Retten til naturalytelser* i Asbjørn Kjønsstad (red.): *Trygdeytelser i Europa*, Oslo, 1999, p. 57-76 (58).

for personer og dennes afløser forordning 883/04 om koordinering af de sociale sikringsordninger. I medfør heraf har alle EØS-borgere,<sup>74</sup> der er sygeforsikret i Danmark, og deres familie ret til offentlig sygehjælp i et andet unionsland, hvor de bor eller opholder sig. Der vil altså her være ret for kvinder til at få fx abort efter det andet lands regler og på de vilkår om sygesikring, der gælder i det andet land.<sup>75</sup>

### 3.3. Opsamling

Selvom EMD generelt ikke er tilbageholdende med at fortolke konventionen offensivt, har abortspørgsmålet været anderledes følsomt i de sager, der har været forelagt EMD og den tidligere EMK. Praksis viser en stor tilbageholdenhed i forhold til den retlige kategorisering af både kvinden og fosteret, og abortspørgsmålets følsomme moralske karakter har således været brugt som argument af EMD og EMK til at forholde sig neutralt til både spørgsmålet om, hvorvidt kvinden har ret til abort som en del af privatlivsbeskyttelsen, og hvorvidt fosteret har en ret til liv. I forhold til kategoriseringen af fosteret afviser EMD, at fosteret betragtes som en *person* i traditionel forstand, idet dette ville udelukke enhver form for abort, også de indgreb, der er nødvendige for at redde kvindens liv. I den forstand har det fødte menneske således en højere status end det ufødte. Indgår fosteret i en *behandlingsmæssig kontekst* (af kvinden), kan det således kategoriseres som noget, der har mindre betydning end kvinden, med den retsvirkning, at fosterets livsmulighed kan afbrydes.

I den seneste dom anskues adgangen til terapeutisk abort i forlængelse heraf som en implicit forudsætning for en reel beskyttelse af kvinders fysiske integritet, og dommen kan således meget vel være det første skridt på vejen til en større afklaring af abortspørgsmålets plads i menneskeretten, hvor der tages udgangspunkt i et individrelateret rettighedsperspektiv. Denne afklaring kan ses som en del af den menneskeretlige udvikling, hvor de sociale rettigheder i højere grad beskyttes mod indgreb.<sup>76</sup> Dette rettighedsperspektiv betyder, at spørgsmålet ses i en retlig optik frem for en moralsk optik – forstået på den måde, at man ved at fastlægge omfanget af retten til abort og hvordan konkurrerende rettigheder skal afvejes over for hinanden dermed faktisk også tager stilling til det underliggende moralske spørgsmål.

---

<sup>74</sup> Se forordningens art. 2 og Hanne S. Børing: *Retten til naturalytelser* i Asbjørn Kjønsstad (red.): Trygdeytelser i Europa, Oslo, 1999, p. 57-76 (60-64).

<sup>75</sup> Se også Julian Lonbay: *The free movement of health care professionals in the European Community* i Richard Goldberg & Julian Lonbay (ed.): *Pharmaceutical Medicine – Biotechnology and European Law*, Cambridge, 2000, p. 45-75 (49-55).

<sup>76</sup> Se hertil Kirsten Ketscher: *Folkepension i 50 år* i Juristen nr. 4/2007 p. 111-120 (119).

Indgår fosteret ikke i en behandlingsmæssig kontekst, er det mere uafklaret, i hvilket omfang menneskeretten har betydning for kategoriseringen af fosteret. Således har EMD ikke taget stilling til, om fosteret slet ikke er omfattet af retten til liv eller er omfattet af beskyttelsen, dog med ”certain implied limitations”. Afvejningen mellem kvinde og foster er således et område, hvor der er en vid national skønsmargin.

Det Indre Marked projekt, og de heraf følgende rettigheder om *fri bevægelighed* udgør også et selvstændigt beskyttelseshensyn i abortspørgsmålet. Mens Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourg har været meget tilbageholdende med at fastslå, hvor langt kvinders ret til abort rækker i den menneskeretlige optik fordi spørgsmålet i højere grad har været knyttet til nationale moralske synspunkter, har fællesskabsretten i langt højere grad afkoblet spørgsmålet fra nationale moralske kategoriseringer og dermed fastslået, at frihed og fri bevægelighed i det moderne samfund er grundpiller for respekten for individet.<sup>77</sup> Den markedsførelse af abortbegrebet, der følger af fællesskabsretten, har således i høj grad affødt rettigheder for kvinder inden for det reproduktive område ved at muliggøre hvad man kunne kalde ”moralisk forumshopping” på tværs af medlemsstaterne.

## 4. Abortindgreb i dansk ret

### 4.1. Oversigt og historik

I dansk ret er adgangen til abort, som i mange andre lande, reguleret ved lov. Dette signalerer i sig selv, at fosteret kategoriseres som noget betydningsfuldt, der ikke kan bortskaffes eller fjernes fra kroppen på lige fod med andre biologiske dele af kroppen.

Adgangen til at få foretaget provokeret abort reguleres i sundhedslovens afsnit VII. Loven sonder mellem tre kategorier af abortindgreb med hver sine betingelser knyttet dertil. Indtil udgangen af 12. svangerskabsuge har kvinden ret til fri abort, jf. § 92. Det betyder, at den myndige og habile kvindes anmodning er den eneste betingelse, der knytter sig til indgrebet. Den anden kategori af abortindgreb knytter sig til faresituationer. Hvis der er alvorlig fare for kvindens liv eller legemlige eller sjælelige helbred, kan lægen i henhold til lovens § 93 iværksætte et abortindgreb når som helst i graviditeten uden at søge særlig tilladelse. Endelig er der de abortindgreb, der kræver en særlig tilladelse fra det regionale abortsamråd eller Abortankenævnet. Det drejer sig både om abortindgreb før udgangen af 12. svangerskabsuge – hvor samrådet for så vidt angår inhabile kvinder *skal* give tilladelse til ind-

<sup>77</sup> Kirsten Ketscher: *Retsvidenskaben set gennem kvinderettens prisme* i Bjarte Askeland & Jan Fridthjof Bernt (red.): *Erkjennelse og engasjement*, Bergen, 2002, p. 57-71 (68).



grebet (§ 98, stk. 2) og for så vidt angår mindreårige *kan* give tilladelse til indgrebet uden indhentelse af samtykke eller på trods af afslag om samtykke fra forældremyndighedens indehaver (§ 99, stk. 2 og 3) – og om abortindgreb efter udgangen af 12. svangerskabsuge, de såkaldte sene aborter (§ 94). En sen abort kan gives på forskellige indikationer; den medicinske, der knytter sig til sygdom hos kvinden; den etiske, der knytter sig til graviditeter, der er følgen af et strafbart forhold; den eugeniske, der knytter sig til sygdom hos fosteret, og den sociale, der knytter sig til kvindens og familiens forhold i bred forstand.

Loven fastsætter en øvre grænse for, hvornår en sen abort som hovedregel kan foretages. Levedygtighedskriteriet, der fremgår af lovens § 94, stk. 3, indebærer, at tilladelse til abort, når det konkrete foster antages at være levedygtigt, kun kan gives på eugenisk indikation og hvis omstændighederne med afgørende vægt taler for det.

Svangerskabsafbrydelse blev oprindeligt reguleret i straffeloven; abort var strafbart og kunne kun foretages efter nødretsbetragtninger (*medicinsk/fare indikation*). I 1938 trådte den første abortlov i kraft, der tillod abort, når der var fare for kvindens liv eller helbred (*social-medicinsk indikation*) eller på *eugenisk* eller *etisk indikation*. Abort på de to sidstnævnte indikationer kunne kun udføres indtil 3. svangerskabsmåned (12. uge). Denne øvre grænse for abort var primært begrundet i et hensyn til den stigende risiko for kvinden. Samtidig blev der indført tvungen rådgivning hos Mødrehjælpen for de indgreb efter den social-medicinske indikation, som ikke alene var begrundet i sygdom.

Abortloven blev gradvist mere liberal ved ændringer i 1956 og 1970. I 1956-loven udvidede man bl.a. den eugeniske indikation til ikke kun at dække arvelige sygdomme, men også beskadigelser eller sygdom pådraget i fosterlivet. Man indførte tillige den nye *defektindikation*, der dækkede kvindens manglende fysiske eller psykiske udrustning til at tage vare på sit barn. Derudover ændrede man den øvre grænse for, hvornår de ikke-medicinske begrundede indgreb kunne udføres, fra 12. til 16. uge. Denne udvidelse skulle give bedre tid til at nå at foretage omhyggelige undersøgelser, idet man i øvrigt anså det for lægefagligt forsvarligt at udvide fristen til ud over 12. uge. I 1970-loven indførte man fri abort indtil udgangen af 12. uge for kvinder over 38 år eller kvinder, der allerede havde fire hjemmeboende mindreårige børn. Derudover blev der indført en egentlig *social indikation*, herunder også en *ung alder- og umodenhedsindikation*. I 1973 blev der indført fri abort for alle kvinder. Samtidig erstattede man den tvungne vejled-

ning med en ny bestemmelse, der gav lægen pligt til at oplyse om vejledningsmuligheder.<sup>78</sup>

Siden midten af 1970'erne og frem til i dag er antallet af legalt provokerede aborter næsten blevet halveret, og der foretages i dag omkring 15.000 provokerede aborter om året i Danmark.<sup>79</sup> Den historiske udvikling vil i øvrigt blive inddraget mere uddybende i forhold til udvalgte temaer nedenfor.

Frem for en gennemgang af de enkelte abortbestemmelser, som allerede er blevet introduceret ovenfor, har jeg også i dette afsnit valgt en struktur, der tager udgangspunkt i en række snitflader eller temaer.

Som nævnt i kapitel 2 har det ikke været muligt at få tilladelse til aktindsigt i Abortankenævnets sager eller de sager, nævnet løbende modtager fra de regionale samråd som led i sin tilsynsvirksomhed. Abortankenævnets årsberetninger vil derfor blive inddraget til at belyse praksis.<sup>80</sup>

## 4.2. Hensynet til kvindens selvbestemmelsesret

Hensynet til kvindens selvbestemmelsesret synes at være tilgodeset på forskellig vis i sundhedslovens abortbestemmelser. I dette afsnit vil jeg først og fremmest pege på, at retten til fri abort er formuleret som et retskrav, hvilket gør det til en stærk rettighed, der tilgodeser hensynet til kvindens autonomi. Dernæst vil jeg mere kritisk diskutere, hvor meget abortbestemmelserne og deres baggrund reelt vægter hensynet til kvindens selvbestemmelsesret.

### 4.2.1. Retskrav

En myndig og habil kvinde har altid ret til at få en abort inden udløbet af 12. svangerskabsuge.<sup>81</sup> Anmodningen skal fremsættes af kvinden selv. Adgangen til fri abort inden udgangen af 12. svangerskabsuge er således en positiv rettighed udmøntet fra autonomiprincippet. Man plejer kun i sjældne tilfæl-

<sup>78</sup> Se i det hele Etisk Råd: Sene, provokerede aborter, København, 1997, bilag A. Derudover henvises til Sniff Andersen Nexø: Det rette valg – Dansk abortpolitik i 1930'erne og 1970'erne, ph.d.-afhandling, Københavns Universitet, 2005 og Lau Sander Esbensen: Thi Livet er stærkere end Loven, ph.d.-afhandling, Københavns Universitet, 2003.

<sup>79</sup> Statistik fra Sundhedsstyrelsens abortregister.

<sup>80</sup> Tak til Etisk Råd, som i forbindelse med rådets møder om sene aborter gav mig mulighed for at drage nytte af oplæg og diskussion med formand for ankenævnet, dommer Torben Hvid, overlæge Kirsten Rasmussen, Genetisk afdeling, Odense Universitetshospital og professor Niels Ulbjerg, afdeling for obstetrik og gynækologi, Skejby Universitetshospital.

<sup>81</sup> 12-ugers-fristen skal i almindelighed beregnes fra sidste menstruations første dag, hvilket vil sige, at 12-ugers-fristen normalt overskrides ca. 10 uger efter den faktiske konception. Se vejledning nr. 25 af 04/04/2006 om svangerskabsafbrydelse og fosterreduktion, punkt 1.1.

de at have ret til en bestemt behandling eller sundhedsydelse. Retten til fri abort udgør således sammen med retten til sterilisation de to eneste eksempler på, at kvinden har et egentligt retskrav på en *bestemt* sundhedsydelse.<sup>82</sup> Dette betyder ikke, at man som patient ikke har en ret til behandling når det drejer sig om andre sundhedsydelser.<sup>83</sup> Det, der adskiller abort- og sterilisationsindgrebenes status som særlige indgreb fra andre sundhedsydelser, der ikke er formuleret som retskrav, er, at disse indgreb holdes uden for regionernes almindelige økonomiske prioritering af sundhedsydelser,<sup>84</sup> samt, at man i dette tilfælde har krav på en bestemt behandling, uanset om den er lægefagligt indiceret.

Selvbestemmelsesretten er således vægtet særligt tungt inden for det reproduktive område, idet fosteret indtil udgangen af 12. svangerskabsuge ikke har en sådan status, at det kan begrunde en begrænsning af kvindens autonomi.

En provokeret abort er, uanset om den udføres på terapeutisk eller ikke-terapeutisk grundlag, omfattet af autorisationslovens begreb ”operativt indgreb”, der normalt defineres som behandling i diagnostisk eller terapeutisk øjemed.<sup>85</sup> Indgrebet er således både i medfør af autorisationsloven og sundhedsloven forbeholdt læger at foretage. At der er et retskrav på at få foretaget et abortindgreb kunne teoretisk give anledning til problemer, hvis indgrebet i det konkrete tilfælde var uforsvarligt og uforeneligt med autorisationslovens § 17. Bemærkningerne anfører, at hvis lægelige modhensyn bevirker, at indgrebet ikke bør foretages, tilkommer dette skøn overlægen.<sup>86</sup> Standarden for, hvad der må anses for omhyggelig og samvittighedsfuld læ-

---

<sup>82</sup> Retskravet foreligger også for så vidt angår den tidsmæssige faktor. Det betyder, at den læge der af samvittighedsgrunde ikke vil medvirke til abort, i lyset af den tidsmæssige faktors status af retskrav, skal henvise kvinden til en anden læge så betids, at indgrebet vil kunne udføres. I den britiske sag *Barr v. Matthews Alliot J* (1999) 52 BMLR 217, der netop omhandlede denne situation, synes den tidsmæssige faktor at have både en retlig og en (professions-) etisk forankring. Se i øvrigt min artikel *Det etiske forbehold* i UfR 2005B.385-393 (388) og Helle Bødker Madsen: *Sundhedsret*, København, 2007, p. 74-76 og 221.

<sup>83</sup> For en mere uddybende diskussion af retten til sundhedsydelser og behandling se Asbjørn Kjønstad: *Helserett*, Oslo, 2005, p. 138ff, Brigit Toebes: *The Right to Health* i Asbjørn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas (ed.): *Economic, Social and Cultural Rights*, 2. udgave, The Hague, 2001, p. 169-190 og Asbjørn Eide: *Retten til helse som menneskerettighet* i *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter* nr. 4/2006 p. 274-290.

<sup>84</sup> Se hertil Asbjørn Kjønstad: *Helserett*, Oslo, 2005, p. 185 og Aslak Syse: *Abortloven: Juss og verdier*, Oslo, 1993, p. 86-90 og p. 111-114.

<sup>85</sup> Michael von Magnus og Anna Murphy: *Lægeloven med kommentarer*, 4. udgave, København, 2004, til § 25, p. 178.

<sup>86</sup> Folketingstidende 1972-73, tillæg A, spalte 2396.

gegerning, afhænger dog også både af den medicinske viden, de teknologiske muligheder og de krav, som samfundet stiller til lægens virksomhed.<sup>87</sup> Formuleringen af den fri abort som et retskrav kan således også have en betydning for, hvordan denne standard bliver fortolket: retten til abort som et retskrav, kan således knyttes til en mere grundlæggende samfundsmæssig værdiplatform om selvbestemmelsesret og ligestilling og afspejler derfor de krav samfundet i det hele taget stiller, herunder også til lægelig virksomhed.

#### 4.2.2. *En reel vægtning af hensynet til selvbestemmelse?*

##### 4.2.2.1. *Om baggrunden for den fri abort*

At adgangen til fri abort er formuleret som et retskrav, afspejler som nævnt, at kvindens reproduktive autonomi vægtes tungt og ikke kan tilsidesættes af hensyn til fosteret i det første trimester. Forarbejderne ligger ikke udtrykkeligt vægt på hensynet til kvindens ret til selvbestemmelse, men der er ingen tvivl om, at dette var et meget vigtigt motiv for indførelsen af den frie abort.<sup>88</sup>

Ved fremsættelsen af lovforslaget lød begrundelsen for at indføre fri abort, at man burde *"fuldende den udvikling mod fri adgang til svangerskabsafbrydelse for alle kvinder"*, som var blevet indledt i 1970.<sup>89</sup> Man lagde dels vægt på, at over 90 % af de kvinder, der søgte om abort efter 1970-loven, fik tilladelse til indgrebet, og at en fri adgang til abort ville nedbringe antallet af illegale aborter til et minimum. Motiveringen for lovforslaget synes således snarere at være at bringe lovgivningen i overensstemmelse med den praksis, hvorefter størstedelen af de kvinder, der søgte om abort, også fik tilladelse, og hensynet til at de kvinder, der fik afslag, ikke skulle være henvist til illegale aborter med de risici, dette medførte.

At adgangen til fri abort var knyttet til overvejelser om kvindens ret til selvbestemmelse og sundhed, kan således snarere udledes af den rettighedstankegang, der præger lovens udformning, dels ved formuleringen af adgangen til abort som et retskrav, og dels ved at svangerskabsafbrydelse nu for første

<sup>87</sup> Michael von Magnus og Anna Murphy: Lægeloven med kommentarer, 4. udgave, København, 2004, til § 6, p. 70.

<sup>88</sup> Hensynet til kvindens selvbestemmelsesret fremgår ikke udtrykkeligt af bemærkningerne. Det nævnes dog, at abort, der kræver særlig tilladelse, medfører en undersøgelse af kvindernes sociale og personlige forhold, der kan føles som en urimelig indtrængen i deres privatliv, se Folketingstidende 1972-73, tillæg A, spalte 2394. I Folketingets debat fremhæves hensynet til kvindens selvbestemmelsesret dog også, se Sniff Andersen Nexø: Det rette valg – Dansk abortpolitik i 1930'erne og 1970'erne, ph.d.-afhandling, Københavns Universitet, 2005, p. 225-243.

<sup>89</sup> Folketingstidende 1972-73, tillæg A, spalte 2394.

gang blev kategoriseret sammen med al anden almindelig sundhedsbehandling, sådan at udgifterne ikke længere skulle afholdes af kvinden selv, men blev afholdt efter reglerne for almindelig sygebehandling.<sup>90</sup>

### 4.2.2.2. Om baggrunden for 12-ugers-grænsen

Som tidligere nævnt havde man i 1970-loven ændret grænsen fra 16. til 12. uge. Begrundelsen for at grænsen, også i 1973 blev sat ved 12. uge, fremgår dels af bemærkningerne til 1973-loven<sup>91</sup> og dels af den betænkning,<sup>92</sup> der blev udarbejdet forud for vedtagelsen af 1970-loven.

Svangerskabsudvalget afholdt sig i denne betænkning fra at komme med principielle betragtninger om svangerskabsafbrydelsers berettigelse i det hele taget, men anførte tværtimod, at man ikke fandt det meningsfuldt at drøfte spørgsmålet ud fra *”sådanne ’absolutte’ synspunkter, som at fostret har krav på retsbeskyttelse mod ethvert indgreb, eller at enhver kvinde har ret til at råde over sit eget legeme. Dogmatiske opfattelser af denne art er efter flertallets mening ikke egnede som grundlag for udvalgets vurdering af, om og i hvilket omfang svangerskabsafbrydelse skal være lovlig.”* I stedet tog man udgangspunkt i praksis og overvejede, om de gældende regler var for snævre.<sup>93</sup> Et flertal af udvalget afviste at indføre fri abort, men udvidede dog adgangen til svangerskabsafbrydelse, således at kvinder over 38 år og mødre til fire mindreårige hjemmeboende børn fik fri adgang til abort inden udløbet af 12. uge. De overvejelser, der knytter sig til 12-ugers-grænsen, og som de nuværende regler bygger på, blev altså gjort på et tidspunkt, hvor man samtidig afviste tanken om fri abort som retskrav for alle kvinder.

Det fremgår af betænkningen,<sup>94</sup> at der var fire hensyn, der begrundede, at grænsen blev ændret fra 16 uger, som fastsat i 1956-loven, til 12 uger, der også havde været grænsen efter 1937-loven. For det *første* fremhæves den gradvise vurdering af fosteret i dets forskellige udviklingsfaser, hvor fosterets etiske status stiger kontinuerligt gennem hele graviditetsforløbet. Det

---

<sup>90</sup> Se lovforslagets § 11, Folketingstidende 1972-73, tillæg A, spalte 2390 og Sniff Andersen Nexø: Det rette valg – Dansk abortpolitik i 1930’erne og 1970’erne, ph.d.-afhandling, Københavns Universitet, 2005, p. 219.

<sup>91</sup> Om begrundelsen se lovforslagets bemærkninger til § 1 og til de almindelige bemærkninger, Folketingstidende 1972-73, tillæg A, spalte 2394-2396. Her henvises også til betænkningen p. 88-92.

<sup>92</sup> Betænkning nr. 522/1969 om adgang til svangerskabsafbrydelse, kapitel IX.

<sup>93</sup> Betænkning nr. 522/1969 om adgang til svangerskabsafbrydelse, p. 73 og Sniff Andersen Nexø: Det rette valg – Dansk abortpolitik i 1930’erne og 1970’erne, ph.d.-afhandling, Københavns Universitet, 2005, p. 211ff.

<sup>94</sup> Betænkning nr. 522/1969 om adgang til svangerskabsafbrydelse, p. 88-89.

udgør altså et vægtigt hensyn, at der hersker en bestemt, gradueret opfattelse af fosteret, og betænkningen anfører, at et sådant gradueret syn både understøttes af biologiske og psykologiske synspunkter. Både befrugtningen, implantationen, antagelse af "menneskelige" former efter 6.-7. uge, fosterliv, der kan mærkes af kvinden omkring 18.-20. uge, og levedygtighed blev nævnt som de milepæle i den gradvise udvikling, der giver en *biologisk berettigelse* til den graduerede opfattelse af fosteret. *Det andet hensyn*, der begrundede fastlæggelsen af 12-ugers-grænsen, var hensynet til kvindens *sundhed*. Det anføres, at risikoen for komplikationer er mindre, jo tidligere i graviditeten indgrebet udføres. Dansk Selskab for Gynækologi og Obstetrik havde i en erklæring oplyst, at der navnlig var en betydelig forskel på indgreb udført før og efter 12. uge. Erklæringen var baseret på en undersøgelse af aborter i perioden 1961-1965. *Det tredje hensyn* var hensynet til sundhedspersonerne, idet indgrebet er mere belastende for gynækologer og øvrigt hospitalspersonale at udføre, jo senere i graviditeten det foretages. Det anføres således, at mange læger, der ikke principielt er modstandere af at udføre provokeret abort, finder de sene indgreb særdeles tyngende. *Det fjerde hensyn* er primært økonomisk begrundet, idet tidlige indgreb dengang krævede hospitalsophold i 3-4 dage og sene indgreb krævede hospitalsophold i 6-10 dage, selv om forløbet var komplikationsfrit. Bemærkningerne til lovforslaget henviser samlet til de hensyn, der kommer til udtryk i betænkningen, men fremhæver udtrykkeligt, at tidsgrænsen på 12 uger oprettholdes med henvisning til den forøgede helbredsrisiko, der er forbundet med abortindgreb udført efter udgangen af 12. uge.<sup>95</sup>

#### 4.2.2.3. Har teknologien overhalet 12-ugers-grænsen?

Man kan overveje, om grænsen på 12 uger stadig er velbegrundet at fastholde. En gennemgang af Abortankenævnets praksis, som beskrevet i nævnets årsberetninger, viser, at langt den største del af nævnets tilladelser til abort efter 12. uge gives indtil udgangen af 17.-18. uge. I 2005 og 2006 blev henholdsvis 80,5 % og 75 % af tilladelserne givet inden udløbet af 18. uge.<sup>96</sup> Dette hænger især sammen med, at resultatet af de fosterdiagnostiske undersøgelser, der bl.a. kan afdække, om fosteret lider af en kromosomfejl, ofte først foreligger på dette tidspunkt i graviditeten.<sup>97</sup>

<sup>95</sup> Folketingstidende 1972-73, tillæg A, spalte 2394.

<sup>96</sup> Abortankenævnets Årsberetning 2005, p. 9 og Abortankenævnets Årsberetning 2006, p. 9-10.

<sup>97</sup> Gravide tilbydes rutinemæssige scanninger omkring 11. og 18. uge. Her foretages bl.a. en nakkefoldsscanning, fordi en stor nakkefold kan være tegn på, at fosteret har en kromosomfejl (fx mongolisme). Findes sådanne tegn, tilbydes den gravide mere invasive former for fosterdiagnostik (moderkagebiopsi eller fostervandsprøve), der kan af- eller bekræfte fundet.

Fosterdiagnostik var tidligere et tilbud, der var forbeholdt bestemte grupper af kvinder på baggrund af faste kriterier, eksempelvis alder. I 2004 udsendte Sundhedsstyrelsen nye retningslinjer,<sup>98</sup> der gjorde fosterdiagnostik til et tilbud for alle kvinder. Formålet med fosterdiagnostik er ifølge retningslinjerne at bistå en gravid kvinde, som ønsker en sådan bistand, med at træffe sine egne valg. Tilbuddet skal således styrke den enkelte kvindes autonomi, så hun kan tage stilling til graviditeten på et informeret grundlag.<sup>99</sup> Dette fordrer også en vis sammenhæng med kvindens muligheder for at handle på den information hun får, sådan at hun har en reel mulighed for at afbryde graviditeten på baggrund af de informationer, de fosterdiagnostiske undersøgelser afdækker. Mens kvinden altså understøttes i at blive informeret med henvisning til at kunne træffe et informeret valg i relation til fosterdiagnostik, så hindres hun i at bruge informationen til at træffe et valg i relation til abort.

At der er et dilemma mellem de to retsområder, fremgår af Abortankenævnets årsberetning for 2005. Her anføres det, at samrådene i en debat med ankenævnet udtalte, at når nakkefolden har en betydelig størrelse, er risikoen for andre lidelser end kromosomfejl så stor, at den i sig selv kan begrunde tilladelse, og at det er helt urimeligt at kræve, at kvinden skal vente til 18.-20. uge for at få foretaget misdannelsesscanning – især set i lyset af, at der fortsat vil være risiko for abnormitet, selvom der intet abnormt kan konstateres ved scanningen.

*”Ankenævnet er stadig af den opfattelse, at der inden for rimelighedens grænser skal foretages mulige diagnostiske undersøgelser inden der træffes beslutning. Men nævnet er enig i, at der i tilfælde af nakkefold af betydelig størrelse er en så betydelig risiko for andre misdannelser end kromosomfejl, at det af de anførte grunde ikke vil være rimeligt at stille krav om yderligere undersøgelser. Ankenævnet har besluttet at 6 mm skal være grænsen, således at der uden yderligere undersøgelser kan gives tilladelse til svangerskabsafbrydelse efter § 3, stk. 1, nr. 3, såfremt der på fosteret konstateres en nakkefold på 6 mm eller derover.”*

I 2005 og 2006 blev der givet henholdsvis 536 tilladelser/37 afslag og 562 tilladelser/29 afslag indtil udgangen af 18. uge.<sup>100</sup> Langt de fleste kvinder, der søger om abort inden for udgangen af 18. uge, får således tilladelse, idet

---

<sup>98</sup> Sundhedsstyrelsens retningslinier for fosterdiagnostik – prænatal information, risikovurdering, rådgivning og diagnostik af 14. september 2004.

<sup>99</sup> En interessant kritik af den information, de gravide modtager i forbindelse med fosterdiagnostik kan ses i Anette Graungaard: *Små forbrydelser?*, Ugeskrift for Læger, 2004;166(12):1138.

<sup>100</sup> Denne opgørelse omfatter alle anmodninger om abort mellem 12.-18. uge, og derfor også anmodninger, som støttes på andre indikationer end den eugeniske.

andelen af afslag i 2005 kun var 6,9 % og i 2006 5,2 %. Da man i 1973-loven indførte den frie abort, lagde man bl.a. vægt på, at over 90 % af de kvinder, der søgte om abort efter 1970-loven, fik tilladelse til indgrebet, og et underliggende hensyn synes således at have været at bringe lovgivningen i overensstemmelse med den praksis, der allerede herskede.<sup>101</sup> Den argumentative ramme, som man oprindeligt brugte, kan altså i sig selv tale for, at man sætter grænsen for adgang til fri abort op til udgangen af 18. uge, særligt når antallet af tilladelser inden for denne grænse i dag også ligger på over 90 %. Dette høje antal må også betyde, at de fire hensyn, nemlig det *graduerede* etiske syn på fosteret, der knyttes til biologiske udviklingstrin, hensynet til *kvindens helbred*, hensynet til *sundhedspersonerne* og hensynet til den *økonomiske prioritering* har en så begrænset betydning i praksis frem til 18. uge, at lovens forudsætninger ikke nødvendigvis er tidssvarende længere.

Den medicinske viden og de medicinske muligheder har udviklet sig meget, siden 12-ugers-grænsen blev vedtaget i 1973. Nyere og mere skånsomme abortmetoder, såsom den medicinske abort, betyder formentlig, at det data-materiale fra perioden 1961-1965, som påviste den lægefaglige begrundelse for at sætte grænsen ved 12. uge, ikke længere er tidssvarende, selvom 12.-14. uge stadig udgør grænsen for, hvornår der kan tilbydes medicinsk/kirurgisk abort frem for et indgreb, der foregår som en "fødsel". Den medicinske abort betyder også, at hensynet til den økonomiske prioritering, må karakteriseres som et hensyn, der er undergået en forvandling. Både den kirurgiske og medicinske abort udføres i dag som ambulante behandlinger. Især den medicinske abort er ikke forbundet med større udgifter, idet en efterfølgende indlæggelse på hospitalet som udgangspunkt ikke er nødvendig. Det er derudover i sig selv bemærkelsesværdigt, at abortbestemmelserne trækker hensynet til kvindens sundhed ind som begrundelse for 12-ugers-grænsen. Dels har en læge normalt metodefrihed i udøvelsen af sin gerning, dels er der ikke i loven indsat en revisionsbestemmelse, således at man løbende med et bestemt interval kunne se, om udviklingen i lægevidenskaben nu kunne begrunde en anden grænse for fri abort. En sådan fleksibel grænse findes således kun i forbindelse med levedygtighedskriteriet, der udgør den øvre grænse for abortindgreb. Det er derfor uklart, om denne statiske frem for dynamiske kobling til det lægefaglige er et udtryk for, at spørgsmålet ikke har haft politisk bevågenhed, og man derfor ikke har haft blik for muligheden, eller om man ikke har ønsket en sådan fleksibel grænse.

I 2007 blev debatten om 12-ugers-grænsen på ny skudt i gang på baggrund af, at Dansk Selskab for Gynækologi og Obstetrik anbefalede, at man flytte-

<sup>101</sup> Folketingstidende 1972-73, tillæg A, spalte 2394.



de grænsen for fri abort til udgangen af 18. uge, sådan at der blev skabt bedre overensstemmelse mellem de fosterdiagnostiske fund og muligheden for frit at vælge abort.<sup>102</sup> Dette illustrerer, at den lægefaglige opfattelse af risikoen ved indgrebet kan have flyttet sig, siden man i 1973 kobkede de lægefaglige kriterier til fastlæggelsen af abortgrænsen.

At lovgiver transformerer lægefagligt fastsatte kriterier til noget normativt, er ikke noget, der udelukkende ses i forbindelse med abort. Da man ændrede transplantationsloven i 1990 ophøjede man således, som tidligere nævnt, også hjernedøds-kriteriet, der var et sundhedsfagligt fastsat døds-kriterium, til lov for at skabe accept af denne praksis. Kriterierne er herefter bragt uden for lægevidenskaben i den forstand, at en ændring af kriterierne kræver Folketingets medvirken og accept.<sup>103</sup> I lov om kunstig befrugtning er der også opstillet en række forbud og bestemmelser, der indskrænker den enkelte læges metodefrihed med det formål at hindre uacceptabel brug af teknologien. Denne regulering er begrundet i et ønske om, at ny teknologi bruges inden for etisk acceptable rammer.<sup>104</sup> Abortreguleringen skaber både accept af lægefaglige praksisser og hindrer uacceptable indgreb. Lovgivningen er dog tilbageholdende med at eksplicitere den etiske ramme. At man har fjernet vurderingen af indikationen for disse aborter efter udgangen af 12. uge fra lægen, må tages som udtryk for, at de sene aborter adskiller sig fra andre typer af behandlingsindgreb af andre årsager end hensynet til kvindens helbred, idet lægen ved andre typer af behandlingsindgreb altid vil være kompetent til at varetage denne interesse.

Man kunne således indvende, at hensynet til kvindens sundhed som begrundelse for grænsen kommer til at fremstå som et tvivlsomt alibi for en underliggende etisk ramme. At der er tale om en vurdering, der indebærer andre hensyn end det rent lægefaglige, følger af, at vurderingen ikke kan foretages af kvindens læge, men må forelægges det regionale abortsamtale. En reel vægtning af hensynet til kvindens sundhed ville derimod indebære en fornyet stillingtagen til, om datamaterialet fra starten af 1960'erne stadig giver et retvisende billede af abortindgrebene.<sup>105</sup> Til forskel fra døds-kriterierne,

---

<sup>102</sup> På den baggrund blev Etisk Råd bedt om at udtale sig til Folketingets Sundhedsudvalg. Etisk Råds udtalelse af 23. marts 2007 kan ses på <[www.etiskraad.dk](http://www.etiskraad.dk)>.

<sup>103</sup> Se nærmere i kapitel 1.

<sup>104</sup> Mette Hartlev: *Hvem styrer hvem? Om lovgivning og teknologi* i Kasper Lippert-Rasmussen (red.): *Der må da være en grænse! Om holdninger til ny teknologi*, København, 2003, p. 91-118 (109-112).

<sup>105</sup> Betænkningen anfører også, at datamaterialet fra 1961-65 viste, at dødelighed og komplikationshyppigheden var større for legale aborter end ved gennemførelse af graviditet og fødsel, se p. 76-77. Man kan stille spørgsmålstejn ved, om dette stadig er tilfældet. Aslak

der omhandler biologiske fakta, så er hensynet til kvindens sundhed i relation til abort nemlig knyttet til en risikovurdering, hvor nye behandlingsmetoder, optimeret brug af eksisterende behandlingsmetoder og ny viden om virkninger, bivirkninger og komplikationer løbende må tages i betragtning.

Hensynet til sundhedspersonalet blev også fremhævet som en af grundene til at grænsen blev fastsat ved udgangen af 12. uge. Det etiske forbehold, der giver sundhedspersoner ret til at nægte at udføre eller medvirke til abort, er blevet udvidet flere gange, siden den frie abort blev indført i 1973, således at en større gruppe af sundhedspersoner med tiden er blevet omfattet. Som jeg vil vende tilbage til i afsnit 5.4, anser jeg det etiske forbehold for at være stærkest i forbindelse med fri abort. Omvendt er muligheden for at tage et etisk forbehold, når indgrebet er medicinsk begrundet, mere omdiskutabelt. En udvidelse af grænsen for fri abort ville således bringe flere abortindgreb ind under sundhedspersonernes mulighed for etisk vægring.

#### 4.2.3. Mindreårige piger

En kvinde skal som tidligere nævnt være fyldt 18 år for selv at kunne anmode om abort, uanset om der er tale om et § 92- eller § 94-indgreb.<sup>106</sup>

Unge kvinder kan alene på baggrund af alder få tilladelse til abort på den etiske indikation, hvis graviditeten er en følge af et samleje, der fandt sted, inden pigens fyldte 15 år. Derudover er ung alder og umodenhed også en af de faktorer, der kan danne grundlag for en tilladelse på den sociale indikation.

Uanset om den unge kvinde anmoder om abort inden eller efter udgangen af 12. uge, skal anmodningen underskrives af forældremyndighedens indehaver. Der er altså krav om dobbelt samtykke, hvilket betyder, at et ønske om abort fra forældrenes side også forudsætter pigens samtykke, og der er således ikke hjemmel til tvang over for den unge pige.

Hvis forældrene ikke vil give samtykke til en abort, eller pigens ikke ønsker at inddrage forældrene, kan samrådet/ankenævnet tillade abort, selvom forældrene modsætter sig indgrebet eller uden at indhente forældrenes samtykke, jf. § 99, stk. 2 og 3. Tilladelse gives i praksis til unge piger, der af religiøse eller etniske grunde ikke tør involvere forældrene, fordi der er en reel risiko for, at hun bliver udstødt af familien eller udsættes for fysisk eller psykisk

---

Syse anfører, at det i de fleste tilfælde er en større belastning for kvindens sundhed at gennemføre en graviditet og fødsel end at få foretaget abort, se Abortloven: Juss og verdier, Oslo, 1993, p. 89.

<sup>106</sup> § 93-indgreb på mindreårige piger diskuteres nærmere i afsnit 4.3.1.

## Kapitel 4

overlast. Endvidere gives der tilladelse til unge piger, der som følge af alvorlig uoverensstemmelse med forældrene ikke bor hjemme. Afslag gives til piger, der har et rimeligt forhold til forældrene, men som ikke ønsker at involvere forældrene, fordi de frygter, at forældrene vil blive skuffede eller vrede, når de erfarer om graviditeten.<sup>107</sup>

I en sag fra 2006 var en 15-årig pige blevet gravid med sin 16-årige kæreste. Graviditetens længde var under 12 uger. Pigen gik i 9. klasse. Hun havde siden skoleårets start boet hos sin tante og onkel, idet hun havde haft store vanskeligheder i forholdet til sin mor. Pigens forældre var skilt, og indtil for kort tid siden havde hun ikke nogen kontakt til sin far, idet hendes mor ikke ønskede det. Ankenævnet stadfæstede samrådets afgørelse, idet det bemærkedes at der efter ankenævnets praksis kun gives tilladelse, hvis der på grund af uoverensstemmelser ikke har været forbindelse mellem pigen og forældrene igennem længere tid, hvis der ikke kan opnås kontakt til forældrene, for eksempel fordi de er bortrejst eller forsvundet, eller hvis der er helt bestemte grunde til at tro, at forældrenes reaktion vil medføre, at pigen vil lide alvorlig fysisk eller psykisk overlast. Det var således ikke tilstrækkeligt, at pigen ikke boede hos sine forældre.<sup>108</sup>

Kravet om alvorlige uoverensstemmelser synes således at blive fortolket ganske restriktivt. Det er bemærkelsesværdigt, at de unge piger, der ikke ønsker at inddrage forældrene i beslutningen, og som derfor søger om tilladelse uden at inddrage forældrene eller først anmoder om abort ganske sent, fordi de har tøvet med at fortælle forældrene om graviditeten, oftest også har de mest udfordrende livsvilkår. De stilles derfor i særlig grad i en svær livssituation, når samråd og ankenævn afslår anmodning om abort. Kravet om inddragelse af forældre må således også ses som en væsentlig barriere, der hindrer pigens menneskeretligt beskyttede adgang til sundhedsydelser.<sup>109</sup> Til sammenligning kan unge piger efter min opfattelse eksempelvis få udskrevet p-piller eller anden prævention i samråd med egen læge uden inddragelse af forældrene, uanset om de er fyldt 15 år og derfor ifølge sundhedslovens almindelige alderskrav kun må behandles med forældremyndighedsindehaverens informerede samtykke. Dette kan begrundes i hensynet til pigens reproduktive rettigheder, der er forankret i såvel Børne- som Kvindekongressionen.

I forhold til unge piger, der ikke er fyldt 18 år, er der efter Børnekongressionens art. 3.1 en forpligtelse til at sætte hensynet til den unge pige i forgrunden:

---

<sup>107</sup> Se Abortankenævnets Årsberetning 2005, p. 12.

<sup>108</sup> Jr.nr. 0-608-02-43/1, Abortankenævnets Årsberetning 2006, p. 30.

<sup>109</sup> Se også CEDAW General Recommendation no. 24, pkt. 21.

*"In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration."*

Denne forpligtelse understøttes bl.a. i konventionens art. 12, hvorefter den unge pige har ret til selv at blive hørt, og hendes udtalelser skal tillægges stigende vægt i takt med alder og modenhed. I begge tilfælde er der tale om rettigheder, hvor der *ikke* er opstillet betingelser for, hvornår et indgreb i rettigheden alligevel kan legitimeres. Hensynet til statens interesse i at varetage offentlig orden og moral spiller således ikke en rolle i dette tilfælde, som det fx er tilfældet, for så vidt angår abortspørgsmålet efter EMRK art. 8 (2). I den forstand fremstår forpligtelsen til at sætte hensynet til barnets bedste i forgrunden altså som en absolut forpligtelse. CEDAW-komiteén har også i sine udtalelser<sup>110</sup> haft særlig blik for, at unge pigers graviditet udgør en særlig belastning, fx i forhold til deres fremtidige muligheder, afbrydelse af uddannelse og lignende.

Man kan dog stille spørgsmålstegn ved, om samråd og ankenævn overhovedet har blik for forpligtelsen til at stille barnets/den unge piges tarv i forgrunden, og om den bliver tillagt tilstrækkelig tung vægt i praksis:

I en sag fra 2005 var en 16-årig, knap 17-årig pige gravid i 23. uge. Pigen gik i 10. klasse på efterskole, men boede ellers hjemme. Faderen til barnet var en mand, hun kun havde set få gange, og han kendte ikke til graviditeten. Pigen havde et godt forhold til sine forældre og søskende og var alderssvarende udviklet. Samrådet skønnede ikke pigens forhold til at være af så alvorlig og tungtvejende karakter, at der på det fremskredne tidspunkt ville kunne gives tilladelse. Ankenævnet stadfæstede samrådets afgørelse. Ankenævnet skønnede, at *fosteret ikke var levedygtigt* (min udhævning), men lagde vægt på, at graviditeten var så fremskreden, at det var tæt på det tidspunkt, hvor levedygtigheden formodes at indtræde. Ankenævnet fandt, at pigen havde en god social baggrund, var alderssvarende udviklet, og at hun havde støtte i sin familie, hvorfor der således ikke fandtes at foreligge så tungtvejende grunde, at betingelserne for tilladelse til abort på det meget sene tidspunkt var til stede.<sup>111</sup>

I en sag fra 2005 var en 16-årig pige gravid i 12. uge. Pigens mor nægtede at give sit samtykke til svangerskabsafbrydelse. Pigen havde herefter ved samrådet fået tilladelse til svangerskabsafbrydelse uden morens samtykke. Moren ankede denne afgørelse, både af religiøse grunde og fordi hun ikke troede, at hendes datter ville kunne klare de psykiske følger, en abort måtte medføre. Pigen boede hos sin morbror og tante, da hun ikke kunne falde til på den ø, hvor hendes mor netop var flyttet til. Hun var gravid med sin 16-årige kæreste, der stadig gik i skole og boe-

<sup>110</sup> Dette er fx tilfældet i mange af CEDAW-komiteéns landerapporter, hvor komitéen ofte er kritisk over for en høj frekvens af "teenage-graviditeter".

<sup>111</sup> Jr.nr. 0-608-02-10/1, Abortankenævnets årsberetning 2005, p. 25-26.

## Kapitel 4

de hjemme hos sine forældre. Pigen ønskede at få en abort, da hun ikke følte, at hun var parat til at få et barn. Både moren og pigens morbror og tante havde tilbudt at hjælpe hende med barnet, og moren havde også tilbudt at adoptere det, hvis det var, hvad pigen ønskede. Pigen havde haft en del psykiske problemer efter at have mistet både sin far og sin mormor og havde i den forbindelse gået til psykolog igennem et stykke tid. Hun havde bl.a. haft selvmordstanker og havde skåret i sig selv. Ankenævnet stadfæstede samrådets tilladelse, idet nævnet fandt, at omstændighederne talte for at tillade svangerskabsafbrydelse, selv om moren nægtede at give samtykke. Ankenævnet lagde vægt på, at pigen på trods af familiens pres selvstændigt havde formuleret og fastholdt ønsket om abort, og at hendes ønske måtte anses for velbegrundet, henset til hendes alder og sociale forhold.<sup>112</sup>

I den første sag ses hensynet til, at den unge pige selv skal betragtes som et barn efter Børnekonventionen, slet ikke at være overvejet. Her fremstår afgørelsen, som om den tager sit udgangspunkt i hensynet til fosteret (graviditetens længde) – også selvom der ikke er tale om et levedygtigt foster – og ikke med udgangspunkt i barnets tarv. Det er således ikke kun pigens forhold, der skal vurderes, som det er tilfældet ved andre sager efter den sociale indikation – det skal også selvstændigt overvejes, hvordan hensynet til pigens tarv *bedst* varetages.

Spørgsmålet berøres i øvrigt yderligere i forhold til samrådenes sammensætning nedenfor, afsnit 7.1.

### 4.2.4. Vejledning og information

I forbindelse med en anmodning om abort er såvel læge som regionen pålagt en vejledningsforpligtelse. Når anmodningen fremsættes, skal lægen eller regionen gøre kvinden opmærksom på, at hun kan få vejledning om mulighederne for støtte til gennemførelse af graviditeten og for støtte efter barnets fødsel. Denne vejledningsforpligtelse formidler fosterets potentialitet til at blive til et *barn* og har som sit rationale til hensigt at forhindre svangerskabsafbrydelse. Kvinden er dog ikke forpligtet til at modtage vejledning af denne karakter som en betingelse for iværksættelse af abortindgrebet.

Derudover har lægen en forpligtelse til at vejlede kvinden om indgrebets beskaffenhed, følger og risiko. Denne vejledningsforpligtelse afspejler det almindelige sundhedsretlige krav om informeret samtykke til behandling, som fremgår af lovens § 16. Denne sundhedsretlige grundfigur indebærer, at sundhedspersonen har pligt til at give fyldestgørende information, således at

---

<sup>112</sup> Jr.nr. 0-608-02-27/1, Abortankenævnets årsberetning 2005, p. 30.

patienten kan samtykke på et informeret grundlag.<sup>113</sup> Lægen er desuden under udøvelsen af sin gerning forpligtet til at vise omhu og samvittighedsfuldhed, jf. autorisationslovens § 17.

Efter at man – i forbindelse med en ung kvindes død af kraftige blødninger – i Sverige strammede op på det informationsmateriale, der udleveres til kvinden i forbindelse med en medicinsk abort, har det været et omdiskuteret spørgsmål, om kraftig blødning er en bivirkning, der skal indberettes til Lægemiddelstyrelsen. Dette skyldes at lægemidlet Cytotec, der er et lægemiddel til behandling af mavesår eller til at standse blødninger ved fødsler, bruges som lægemiddel til medicinsk abort, uden det er godkendt til dette formål. Lægen er dog i kraft af sin metodefrihed berettiget til selv at udskrive, hvilket lægemiddel der skal benyttes. Desuagtet skal bivirkninger indberettes, selvom lægemidlet bruges til en medicinsk abort. Lægerne er dog overladt et skøn i forhold til at vurdere, om fx en kraftig blødning er en virkning eller en bivirkning af lægemidlet, og det kan være en svær vurdering at foretage. Det er dog vigtigt, at indberetningen er så god, at Lægemiddelstyrelsen kan få et retvisende billede af de bivirkninger, der optræder, således at dette erfaringsgrundlag kan udmøntes i fyldestgørende informationsmateriale til kvinden.

En kvinde, der får afslag på abort i samråd eller ankenævn, har ikke krav på at få vejledning eller information om muligheden for at få foretaget indgreb i andre lande, hvor grænserne for abort kan være anderledes. I den forstand kategoriseres fosteret fra dette tidspunkt som et kommende barn. Det vil derimod ikke være ulovligt for kvinden og andre at udveksle oplysninger om abortindgreb i udlandet. Det følger af Open Door dommen, jf. afsnit 3.1.2.3 ovenfor, at denne type oplysninger er omfattet af informations- og ytringsfriheden. Det vil efter TEU også være muligt for fx britiske abortklinikker, hvor abort under nærmere betingelser er tilladt til udgangen af 24. uge, at reklamere i Danmark, således at kvinder, der havde fået afslag på abort, kunne rejse til Storbritannien og få foretaget indgrebet der. I den forstand kategoriseres abortindgreb på lige fod med andre tjenesteydelser.

For så vidt angår spørgsmålet om vejledning er omfattet af lægers ret til at nægte at medvirke til abort,<sup>114</sup> må det antages, at lægen, der påberåber sig et etisk forbehold, kan henvise kvinden både til at fremsætte anmodningen om abort overfor regionsrådet eller en anden (special-) læge for videre drøftelse

<sup>113</sup> Vejledningen skal være af oplysende karakter og må ikke reflektere lægens egne holdninger og værdisyn, se også Henriette Sinding Aasen: Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling, Bergen, 2000, p. 371-374.

<sup>114</sup> Se nærmere om det etiske forbehold i afsnit 5.4.

og iværksættelse af indgrebet, og til at regionsrådet kan give denne type vejledning.<sup>115</sup> Ved henvisningen er lægen dog forpligtet til at sørge for, at der ikke derved sker en sådan forsinkelse, at indgrebet ikke kan gennemføres inden udløbet af 12. svangerskabsuge.<sup>116</sup> Dette kan betyde, at lægen, der påberåber sig et etisk forbehold, er forpligtet til at vurdere, om sundhedslovens betingelser og krav er opfyldt, således at der ikke sker en forsinkelse som følge af, at sygehuset skal indhente oplysninger herom.<sup>117</sup> Hvis kvinden ønsker vejledning om, hvad et abortindgreb indebærer, inden en eventuel henvisning, vil lægen formentlig også være forpligtet til at vejlede om dette. Ud fra autorisationslovens §§ 17 og 75 og det underliggende hensyn til at mindske forsinkelse er der intet, der tyder på, at denne type vejledning er omfattet af det etiske forbehold.

### 4.2.5. Anmodning og samtykke

En myndig og habil kvinde har et ubetinget retskrav på at få en abort inden udløbet af 12. svangerskabsuge. Anmodningen skal fremsættes af kvinden selv. Hvis der er tale om en abort, der kræver tilladelse fra det regionale samråd, vil det være tilstrækkeligt, at kvinden har fremsat sin anmodning over for lægen, der herefter sender sagen til samrådet. Hvis kvinden er usikker på, om hun ønsker abort eller ej, vil det være naturligt, at lægen tilbyder hende en støttesamtale.<sup>118</sup> Ved behandlingen i samrådet kræves som udgangspunkt ikke en samtale med kvinden, men Abortankenævnet har i en udtalelse til Justitsministeriet anført, at skulle samrådet få en fornemmelse af, at kvindens ønske ikke er alvorligt ment, vil sagsbehandleren tage spørgsmålet op med kvinden.<sup>119</sup> Fastholder hun sin anmodning, vil ønsket normalt blive respekteret, men der kunne tænkes situationer, hvor kvindens ambivalens vil føre til, at samrådet meddeler afslag på abort. Indbringer kvinden herefter afgørelsen for Abortankenævnet, vil dette sædvanligvis blive taget som udtryk for, at kvindens ønske om abort er alvorligt ment.<sup>120</sup>

---

<sup>115</sup> Se hertil mindretallets udtalelse i Folketingstidende 1988-89, tillæg B, spalte 1701-1704, vejledning nr. 25 af 04/04/2006 om svangerskabsafbrydelse og fosterreduktion, punkt 6.1.1.1 og Landsoverenskomsten om almen lægegerning, § 42, stk. 1.

<sup>116</sup> Det tidsmæssige rationale er nærmere beskrevet i afsnit 4.2.1.

<sup>117</sup> Vejledning nr. 25 af 04/04/2006 om svangerskabsafbrydelse og fosterreduktion, punkt 6.1.2.

<sup>118</sup> Se nærmere afsnit 4.2.6 nedenfor.

<sup>119</sup> I svensk ret anses det derimod for at være blandt lægens opgaver at bedømme om kvinden er blevet presset eller påvirket til at gennemføre en abort mod sin vilje, se Elisabeth Rynning: Samtykke till medicinsk vård och behandling, Uppsala, 1994, p. 343.

<sup>120</sup> Endelig besvarelse af spørgsmål nr. 29-32 af 3. februar 2000 samt besvarelse af spørgsmål nr. 35 af 23. februar 2000 og spørgsmål nr. 36 af 9. marts 2000 fra Folketingets Retsudvalg vedrørende forslag til lov om ændring af lov om svangerskabsafbrydelse (L76 – bilag

Er kvinden under 18 år, og har hun ikke indgået ægteskab, skal forældremyndighedens indehaver som nævnt samtykke i pigens anmodning om abort. Da der er krav om dobbelt informeret samtykke, skal begge parter således skrive under på anmodningen og på, at de har modtaget vejledning. Hvis pigen nægter at give samtykke, kan indgrebet ikke foretages, da der ikke i nogen tilfælde er hjemmel til at foretage abort under tvang. Nægter forældrene at give samtykke, kan den unge kvinde indbringe sagen for abortsamrådet med henblik på at få tilladelse til abort, selvom forældrene nægter at give samtykke. I særlige tilfælde kan samrådet som tidligere nævnt træffe afgørelse om, at samtykke ikke skal indhentes fra den unge kvindes forældre.<sup>121</sup>

Ved manglende habilitet skal anmodningen fremsættes af en særligt beskikket værge. Det vil være tilfældet, hvor kvinden på grund af sindssygdom, hæmmet psykisk udvikling eller i øvrigt er ude af stand til at forstå betydningen af indgrebet.

Det er præciseret i vejledningen, at der ikke skal indhentes en erklæring fra den eventuelle far, også selvom denne er kvindens ægtefælle.<sup>122</sup> Dette krav er i overensstemmelse med praksis fra de menneskeretlige organer.<sup>123</sup> I forbindelse med inhabile kvinder fremgår det af bekendtgørelsen,<sup>124</sup> at der fortrinsvist skal beskikkes en person, som ved slægtskab, svogerskab eller venskab er nært knyttet til kvinden. Er der allerede beskikket en værge for kvinden, kan den pågældende beskikkes, hvis det findes hensigtsmæssigt. Det er således vigtigt at være opmærksom på denne problematik, når en ægtefælle eller potentiel far beskikkes som værge for en inhabil kvinde, idet han derigennem kan opnå en indflydelse på abortsituationen, som han ikke ville have, hvis der var tale om en habil kvinde. Selvom det i sidste ende er samrådet og nævnet, der træffer afgørelsen, vil værgeren være tillagt en betydelig indflydelse i forhold til, om sagen overhovedet bliver indbragt, og indflydelsen vil således især kunne gøre sig gældende i beslutningen om, at graviditeten ikke skal afbrydes.

---

20, 23 og 26), Justitsministeriet, hvor Abortankenævnes udtalelse til Justitsministeriet er gengivet.

<sup>121</sup> I perioden 1999-2005 er der årligt givet 40-60 tilladelser og 3-15 afslag. Se Abortankenævnets Årsberetning 2005, p. 12.

<sup>122</sup> Vejledning nr. 25 af 04/04/2006 om svangerskabsafbrydelse og fosterreduktion, punkt 6.

<sup>123</sup> Se afsnit 3.1.2.4 ovenfor.

<sup>124</sup> Bekendtgørelse nr. 1483 af 19/12/2005 om svangerskabsafbrydelse og fosterreduktion, § 2.



## Kapitel 4

### 4.2.6. Støtte

Støttesamtaler kan gennemføres som en konsultation hos egen læge eller som rådgivning inden for eller uden for det etablerede sundhedssystem. Det fremgår af vejledningen om svangerskabsafbrydelse og fosterreduktion,<sup>125</sup> at der ikke stilles specifikke uddannelses- eller erfaringsmæssige krav til den, der udfører rådgivningen, uanset om rådgivningen afholdes inden for eller uden for det etablerede sundhedssystem. Det eneste krav, der således stilles, er, at rådgivningen ikke må have til hensigt at forsøge at formå kvinden til at træffe en bestemt beslutning.

Det er kvindens eget valg, hvor hun eventuelt ønsker rådgivning, og det er op til hende selv at opsøge de enkelte tilbud. Vejledningen fremhæver, at kvindens egen læge generelt har gode forudsætninger for at tilbyde støttesamtaler før og efter en svangerskabsafbrydelse, idet lægen ofte vil have viden om kvindens familieforhold og sociale situation. Endvidere vil lægen ofte allerede være i kontakt med kvinden, og det vil derfor være muligt at gennemføre en eventuel støttesamtale hurtigt. Læser man vejledningen i lyset af autorisationslovens § 17, kunne det tale for, at den praktiserende læge, uanset at han ikke ønsker at medvirke til abort, er forpligtet til at gennemføre støttesamtalen, der som nævnt skal være objektiv og neutral, således at kvinden kan træffe et informeret og frit valg. Neutralitetsforpligtelsen må anses for at være en del af lægens forpligtelse til at udvise omhu og samvittighedsfuldhed. Som led i lægens vejledning og information vil det dog være relevant at lægen afdækker patientens livssituation og person for at afpasse støttesamtalen hermed.

I en sag fra Patientklagenævnet (2006) konsulterede en 36-årig kvinde for første gang sin praktiserende læge og bad om at få en henvisning til abort. Ved konsultationen drøftedes patientens personlige situation. Ved samtalens afslutning fik hun en ny tid samt udleveret 2 brochurer ”På vej mod abort” og ”Abort – et ensomt valg”. Ved konsultation 3 dage efter anmodede patienten om en henvisning til svangerskabsafbrydelse, og lægen skrev en henvisning til sygehus. Der blev klaget over, at patienten ikke fik tilstrækkelig og neutral information om abort. *Nævnet fandt ikke grundlag for kritik af lægens behandling. Nævnet lagde vægt på, at patienten konsulterede lægen i anledning af en ufrivillig graviditet. Lægen opfattede det således, at patienten var meget i tvivl om, hvorvidt hun ønskede svangerskabet afbrudt eller bevaret, og at lægen havde en lang samtale med patienten. Nævnet lagde desuden vægt på, at patienten henvendte sig 3 dage efter med en beslutning om at få foretaget en provokeret abort, og at lægen henviste til sygehus. Det var nævnets vurdering, at lægens journal indeholdt sætninger, som viste, at hun*

---

<sup>125</sup> Vejledning nr. 25 af 04/04/2006 om svangerskabsafbrydelse og fosterreduktion, punkt 7.3.

søgte at danne sig et indtryk af patientens livssituation og person og informerede med dette for øje.<sup>126</sup>

En støttesamtale efter indgrebet kan fx finde sted hos en sygeplejerske på gynækologisk ambulatorium/afdeling på sygehuset, hos en jordemoder eller ved kontrolundersøgelse på sygehuset.

Det er usikkert, om støtte er omfattet af sundhedspersoners etiske forbehold, jf. ovenfor om, at læger formentlig er forpligtet til at gennemføre en støttesamtale. På den anden side taler hensynet til kvinden for, at man tilbyder støtte hos en anden person end den, der påberåber sig et etisk forbehold.

Støttesamtaler synes kun at være en mulighed, i tiden mens kvinden overvejer abort, og i tiden efter et abortindgreb. Derimod er der ingen støtte til kvinder, der har fået afslag på abort i Abortankenævnet. En sådan støttesamtale kunne informere om adgangen til at få abort i andre lande, hvor grænsen for fri abort er sat ved fx 18. eller 24. uge, ligesom det kan være relevant at yde kvinden støtte i forbindelse med de årsager, hun støttede sin anmodning om abort på, fx vejledning om hvordan hendes sociale forhold kan forenes med, at svangerskabet skal fortsættes, eller oplysning om, at hun kan få denne vejledning ved henvendelse til kommunen.

At støtte ikke ydes i denne situation, kunne måske skyldes et underliggende statusskift for fosteret på det tidspunkt, hvor ankenævnet afslår at give tilladelse til abort. Herefter betragtes fosteret i det perspektiv, at formålet med graviditeten nu er et barn.<sup>127</sup>

<sup>126</sup> Sagsnummer 06F008 offentliggjort 20.10.2006, <www.pkn.dk>.

<sup>127</sup> Denne opfattelse stemmer overens med det perspektiv, der ses inden for erstatningsområdet i forbindelse med fejlslået familieplanlægning. Dette perspektiv kan ses ved at sammenligne den israelske dom Civil Appeal 518, 540/82 Zeitzoff v. Katz (1986), Supreme Court Judgments vol. 40(2) p. 85, Supreme Court of Israel (for resumé af dommen se Joel Levi: *Wrongful Life Decision in Israel* i *Medicine and Law* (1987) 6:373-374) og den franske Perruche dom 99-13.701 Arrêt no. 457 du 17 novembre 2000, Cour de cassation, Assemblée plénière (se fx Thérèse Callus: *Wrongful life à la française* i *Medical Law International*, 2001, vol. 5, p. 117-125) over for den britiske dom McKay v. Essex Area Health Authority, [1982] 2 All ER 771 (CA), p. 771 og de tyske sager BGH, 18. januar 1983, BGHZ 86, 240 – NJW 1983, 1371 – JZ 1983, 477 (Bundesgerichtshof) og BVerfGE 88, 203 (den tyske forfatningsdomstol). For nærmere om erstatningsområdet i forbindelse med fejlslået familieplanlægning se også Asbjørn Kjønstad: *Erstatning for "fejlslått" familieplanlegging – særlig om utgifter til underhold av velskapt barn som fødes etter "mislykket" sterilisering eller abort* i *Lov & Rett* 1991, p. 131-161.

Til sammenligning har sundhedspersonerne en særlig forpligtelse til at være opmærksom på de unge kvinder, der får tilladelse til abort, uden at forældremyndighedens indehaver har givet sit samtykke.<sup>128</sup> De kan have behov for en særlig støtteindsats, der kan kompensere for den manglende forældreinddragelse.<sup>129</sup>

Bestemmelserne om vejledning og støtte signalerer, at svangerskabsafbrydelse ikke opfattes som ethvert andet medicinsk indgreb, og er således med til at kategorisere fosteret som noget, der har betydning.

### 4.3. Hensynet til kvindens liv og sundhed

#### 4.3.1. Abort i faresituationer

Mens adgangen til fri abort varetager hensynet til kvindens selvbestemmelsesret, så er hensynet til kvindens liv og sundhed særligt udtalt i sundhedslovens § 93.<sup>130</sup> Efter denne bestemmelse har en kvinde altid ret til at få en abort uden særlig tilladelse, hvis det er nødvendigt for at afværge alvorlig fare for hendes liv eller for hendes legemlige eller sjælelige helbred. Det er et krav, at faren udelukkende eller ganske overvejende er lægeligt begrundet.

Foreligger betingelserne, kan en læge altså iværksætte et abortindgreb, uanset, hvor fremskreden graviditeten er, idet levedygtighedskriteriet ikke gælder i denne situation.<sup>131</sup> Lægen vil som regel ved sin egen undersøgelse kunne konstatere, om betingelserne for svangerskabsafbrydelse eller fosterreduktion er opfyldt. Det er dog ikke et krav, at lægen selv har konstateret farens tilstedeværelse, idet han kan lægge en erklæring fra en anden læge, fx en speciallæge i psykiatri, til grund. Hvis der til konstatering af, om betin-

---

<sup>128</sup> Se vejledning nr. 9350 af 18. april 2006 om sundhedspersoners underretningspligt til kommunen.

<sup>129</sup> I Sverige anbefaler Socialstyrelsen i sine allmänna råd fra 1989, at "[i] fall, där den unga flickan på inga villkor kan tänka sig att informera någon vuxen i sin omgivning, bör speciell omsorg ägnas henne, så att hon får tillräckligt stöd före, under och efter aborten, t.ex. av kurator eller barnmorska vid kliniken eller vid preventivmedels- eller ungdomsmottagning", se Elisabeth Rynning: *Kommentar til Carl Reinhold Bråkenhielms föredrag "Barnets moraliska makt"* i Lena Olsen (red.): *Barns makt*, Uppsala, 2004, p. 31-35 (33).

<sup>130</sup> Antallet af aborter efter denne bestemmelse varierer meget år for år. I perioden 1998-2005 blev der årligt udført 3 til 16 aborter efter § 93. Se statistik på Sundhedsstyrelsens hjemmeside, <[www.sst.dk/publ/tidsskrifter/nyetal/pdf/2006/05\\_06.pdf](http://www.sst.dk/publ/tidsskrifter/nyetal/pdf/2006/05_06.pdf)> /aug. 2007.

<sup>131</sup> Jf. Folketingets samling 1999-2000 L 76 forslag til lov om ændring af lov om svangerskabsafbrydelse (sene, provokerede aborter), almindelige bemærkninger, pkt. 5.3.

gelserne er opfyldt, kræves andre specialundersøgelser, kan sådanne foretages i samarbejde med sygehusvæsenets andre afdelinger.<sup>132</sup>

Vejledningsforpligtelsen gælder som udgangspunkt også i denne situation. Det fremgår dog af Sundhedsstyrelsens vejledning,<sup>133</sup> at forpligtelsen til at oplyse kvinden om, at hun kan få vejledning om mulighederne for støtte til at gennemføre svangerskabet, ikke gælder ved denne type aborter. Vejledningsforpligtelsen for denne type indgreb må således antages at skulle tilpasses den særlige situation, kvinden befinder sig i.

Som nævnt kræver et abortindgreb som udgangspunkt også et samtykke fra forældremyndighedens indehaver, når der er tale om en mindreårig pige. Det er uklart, om reglerne om forældresamtykke også gælder for abortindgreb efter § 93, hvis kvinden er under 18 år. Da disse abortindgreb må karakteriseres som et terapeutisk behandlingsindgreb, og den unge kvinde i øvrigt efter sundhedslovens almindelige alderskrav på 15 år er berettiget til selv at give samtykke til anden behandling, gælder alderskravet på 18 år formentlig ikke. Loven og forarbejderne forholder sig ikke til dette spørgsmål. For denne fortolkning taler dog, at man i forbindelse med 1937-loven udtrykkeligt anførte, at alderskravet ikke fandt anvendelse i disse abortsituationer, hvis faren for kvindens liv eller helbred var begrundet i sygdom.<sup>134</sup> Var faren derimod begrundet i fx voldsom depression eller selvmordsforsøg krævedes samtykke fra forældrene, hvis kvinden var under 18 år, selvom abort i dette tilfælde også skete efter den bestemmelse, der svarer til sundhedslovens § 93. I dag er det blot et krav, at faren udelukkende eller ganske overvejende er lægefagligt begrundet, og sontringen har derfor næppe relevans længere.

At denne type abort er et behandlingsindgreb, hvor kompetencen til at vurdere, om lovens betingelser er opfyldt, er overladt til lægen, synes underti-

---

<sup>132</sup> Vejledning nr. 25 af 04/04/2006 om svangerskabsafbrydelse og fosterreduktion, punkt 6.2.

<sup>133</sup> Vejledning nr. 25 af 04/04/2006 om svangerskabsafbrydelse og fosterreduktion, punkt 6.1.1.1.

<sup>134</sup> Se Rigsdagstidende 1936-37, tillæg A, spalte 2505-2538 (lovforslagets § 2 samt bemærkningerne spalte 2521-2522). Betænkning angående lovligheden af svangerskabsafbrydelse m.v. fra 1936 p. 88-89 anfører også, at selvom bestemmelsen kræver kvindens samtykke, så udelukker dette ikke, at et abortindgreb kan foretages efter den almindelige nødretsregel, selvom samtykke ikke foreligger, hvis kvinden på grund af sygdommen er ude af stand til at tage stilling til spørgsmålet, og man ikke uden fare kan vente med at foretage indgrebet.

den at blive overset, hvis kvinden først har fået afslag på abort i samråd og ankenævn og først derefter kommer i en situation, der er omfattet af § 93.

I en sag fra 1996 fik kvinden, der var gravid i 28. uge, afslag på at få abort begrundet i graviditetslængden. Fosteret led af mongolisme, vand i brysthulen og begyndende vand i kroppen. Kvinden var i akut krise, deprimeret og der var risiko for selvmord. Det anføres, at ”ansøgeren fik efterfølgende *tilladelse* (min udhævning) efter § 2” (Den dagældende abortlovs bestemmelse, der svarer til sundhedslovens § 93).<sup>135</sup>

Det er vigtigt at fastslå, at selvom der er givet afslag på abort, fx efter den eugeniske indikation, i det regionale samråd, så fratager dette ikke lægen muligheden for at foretage et indgreb, hvis lægen selv finder, at betingelserne i § 93 efterfølgende er opfyldt. Denne bestemmelse er absolut væsensforskellig fra lovens øvrige muligheder for abort og er knyttet til en lægefaglig vurdering og hensynet til kvindens liv og helbred. Fosterets graduerede status er ikke en faktor, der tillægges vægt i denne situation, hvilket bl.a. kan udledes af, at levedygtighedskriteriet ikke finder anvendelse. Der skal således ikke ske en sådan afvejning af de respektive hensyn, som det er tillagt samrådene at foretage.<sup>136</sup>

### 4.3.2. Den medicinske indikation

Efter sundhedslovens § 94, stk. 1, nr. 1 kan der gives tilladelse til abort på *medicinsk indikation*, hvis graviditeten, fødslen eller omsorgen for barnet medfører fare for forringelse af kvindens helbred, enten på grund af en eksisterende eller truende legemlig eller sjælelig sygdom, svækkelsestilstand eller som følge af hendes øvrige livsforhold. Denne bestemmelse supplerer den rent medicinske indikation i lovens § 93 og tager navnlig sigte på tilfælde, hvor en bedømmelse af faren for kvindens helbred forudsætter en

---

<sup>135</sup> Endelig besvarelse af spørgsmål nr. 29-32 af 3. februar 2000 samt besvarelse af spørgsmål nr. 35 af 23. februar 2000 og spørgsmål nr. 36 af 9. marts 2000 fra Folketingets Retsudvalg vedrørende forslag til lov om ændring af lov om svangerskabsafbrydelse (L76 – bilag 20, 23 og 26), se bilaget ”oversat” oversigt for perioden 1996-1998, afslag meddelt efter udløbet af 20. svangerskabsuge i medfør af § 3, stk. 1, nr. 3, i lov om svangerskabsafbrydelse.

<sup>136</sup> Om der er hjemmel til, at samrådet og ankenævnet kan træffe afgørelser i disse sager, hvis der opstår uenighed mellem kvinden og lægen om, hvorvidt hun opfylder betingelserne for at få et § 93-indgreb, diskuteres i øvrigt nærmere i afsnit 7.2 nedenfor. I *Tysiac v. Poland* fremhævede Center for Reproductive Rights i sin *third party submission* Danmark som et af de lande, der har et prøvelsessystem, også i situationer, der er omfattet af sundhedslovens § 93 (pr. 87). Dette er ikke evident, jf. sundhedslovens § 97. Dog kan kvinden i sådanne tilfælde indbringe en klage over lægens faglige virksomhed til Patientklagenævnet, jf. § 2 i lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet. Sidstnævnte mulighed kan give anledning til disciplinære sanktioner over for lægen.

nærmere undersøgelse af hendes personlige og sociale forhold.<sup>137</sup> Efter denne bestemmelse skal der ikke blot lægges vægt på størrelsen af den konstaterede risiko, men lige så meget på karakteren af den helbredsforringelse, som graviditeten må forventes at medføre. Denne bestemmelse varetager således også hensynet til kvindens sundhed, men i et bredere medicinsk-socialt perspektiv end den rent medicinske indikation i § 93.

I en sag fra 2005 var en 28-årig kvinde gravid i 19 fulde uger. Kvinden havde i forvejen 2 børn på henholdsvis knap 4 år og på 8 måneder, som hun boede alene med. Kvinden var under uddannelse, men holdt pause på grund af barsel samt for at kunne passe det ældste barn, som led af en hudsygdom. Kvinden boede i en stor 3-værelses lejlighed og modtog revalideringshjælp. Hendes økonomi hang nogenlunde sammen. Kvinden havde tidligere lidt af spiseforstyrrelser og havde i den forbindelse været indlagt på grund af depression. Inden for de sidste 5 år havde kvinden dog ikke haft psykiske vanskeligheder af nogen art. Kvinden var ikke sikker på, hvem der var barnets far, men regnede med, at det var faren til hendes 2 andre børn. Han havde fået stillet diagnosen paranoid skizofreni, og kvinden var ikke længere sammen med ham. Kvinden havde ikke mulighed for støtte hos hverken sine egne forældre eller fra den eventuelle barnefar. Samrådet gav afslag på tilladelse, idet der ikke fandtes indikation herfor henset til graviditetens længde. Ankenævnet omgjorde samrådets afgørelse og gav tilladelse til abort på den medicinske og sociale indikation. Ankenævnet vurderede, at gennemførelsen af graviditeten ville medføre fare for forringelse af kvindens helbred som følge af risikoen for, at kvindens tidligere psykiske lidelser på ny ville manifestere sig. Ankenævnet fandt desuden, at der som følge heraf samt kvindens i øvrigt belastede situation med 2 børn hvoraf det mindste p.t. var under 1 år, hendes begrænsede økonomi og spinkle netværk, var en betydelig risiko for, at gennemførelse af svangerskabet ville medføre en alvorlig belastning, således at det af hensyn til opretholdelsen af hjemmet og navnlig af hensyn til de øvrige børn var påkrævet, at svangerskabet blev afbrudt. Nævnet fandt ud fra en samlet vurdering, at de nævnte forhold var af så tungtvejende karakter, at der uanset den fremskredne graviditet, var grundlag for at meddele tilladelse.<sup>138</sup>

I en sag fra 2003 var en 37-årig kvinde gravid i 17. uge. Hun boede sammen med ægtefællen. Der var 2 børn i hjemmet og rimelig bolig og økonomi. Ægteskabet var præget af ægtefællens daglige forbrug af hash og af hans manglende interesse og ansvar for hende og familien. Hun var blevet gravid på trods af, at ægtefællen var steriliseret, hvilket bevirkede, at han reagerede med afvisning og kulde. Situationen fik kvinden til at overveje, om hun overhovedet kunne leve videre med ægtefællen. Under behandlingen i ankenævnet blev der foranlediget en psykiatrisk undersøgelse, der konkluderede, at der var symptomer på depression, grænsende til en svær-

<sup>137</sup> Se bemærkningerne til 1973-loven i Folketingstidende 1972-73, tillæg A, spalte 2397, der anfører at bestemmelsen bortset fra en sproglig tilpasning er en videreførelse af § 4 i 1970-loven. Bemærkningerne til sidstnævnte bestemmelse (Folketingstidende 1969-70, tillæg A, spalte 1094-1095) henviser nærmere til betænkning 522/1969 om adgang til svangerskabsafbrydelse p. 112-115 (113).

<sup>138</sup> Jr.nr. 0-608-02-6/1, Abortankenævnets årsberetning 2005, p. 24.

hedsgrad, der krævede medicinsk behandling. Der var risiko for, at fortsat belastning som følge af graviditeten kunne forværre de depressive symptomer og tanker om selvmord. Ankenævnet gav tilladelse til abort med henvisning til, at gennemførelse af graviditeten ville medføre fare for forringelse af kvindens helbred, ligesom en depression ville være en så alvorlig belastning, at det af hensyn til hendes øvrige børn fandtes påkrævet, at graviditeten blev afbrudt.<sup>139</sup>

De to medicinske indikationer afspejler, at kategoriseringen af fosteret i nogle kontekster udspiller sig i et behandlingsperspektiv, hvor det er muligt at give fosteret status som et biologisk appendiks til kvinden. I andre kontekster, såsom ved fri abort, udspiller kategoriseringen sig derimod i et autonomi- og ikke lægefagligt indiceret perspektiv, hvor fosterets potentiale til at blive et barn kan tillægges betydning.

### 4.4. Hensynet til fosterets egen interesse i ikke at blive født og kvindens interesse i fødslen af et sundt barn

#### 4.4.1. Den eugeniske indikation – baggrund og relation til fosterdiagnostik

Efter udgangen af 12. svangerskabsuge kan en kvinde, som tidligere nævnt, få tilladelse til abort af det regionale abortsamråd, hvis en af lovens indikationer for abort er opfyldt. Den såkaldte *eugeniske indikation* fremgår af sundhedslovens § 94, stk. 1, nr. 3. Tilladelse efter denne indikation kan gives, når der er fare for, at barnet på grund af arvelige anlæg eller beskadigelse eller sygdom i fostertilstanden vil få en alvorlig legemlig eller sjælelig lidelse.

Betegnelsen eugenisk indikation er således i og for sig misvisende, da den – som det også fremgår af bestemmelsens ordlyd – dækker bredere end det eugeniske begreb inden for den biologiske videnskab, der har til formål at afdække arvelige sygdomme og genetiske defekter og på dette grundlag forbedre befolkningens samlede arvemasse ved at begrænse fødslen af bestemte individer. Der er således også et eugenisk hensyn bag den etiske indikation, idet straffelovens § 210 om incest er et eksempel på, at eugeniske hensyn varetages i lovgivningen. Det eugeniske hensyn varetages altså ikke bare i den eugeniske indikation, ligesom denne indikation favner bredere end blot genetiske defekter. Det kunne eksempelvis være misdannelser, hjerte-fejl eller andre lidelser, som ikke er knyttet til kromosomfejl. Benævnelsen eugenisk indikation har dog en historisk forklaring.

Den eugeniske indikation fandtes i lovgivningen allerede fra den første abortlov fra 1937.<sup>140</sup> Forud for lovens vedtagelse havde man nedsat en svangerskabskommission, som – på trods af, at man som udgangspunkt op-

<sup>139</sup> Jr.nr. 03-21-00028, Abortankenævnets årsberetning 2003, p. 30.

<sup>140</sup> Rigsdagstidende, 1936/1937, Tillæg A, spalte 2505ff. Loven trådte i kraft i 1939.

fattede abort som naturstridigt og samfundsfarligt – anbefalede, at provokeret abort kunne udføres legalt indtil udløbet af 3. svangerskabsmåned på bl.a. eugenisk indikation. Den eugeniske indikation åbnede efter kommissionens mening mulighed for abort, »*hvor Kvindens frugtsommelighed frembyder en nærliggende Fare for Indførelse i Samfundet af et nyt saadant Individ, hvis Tilværelse her maa forventes at blive en sørgelig Byrde baade for ham selv og hans nærmeste paarørende, og hvis Antal Samfundet, der som regel før eller senere kommer til at tage sig af slige Mennesker og sørge for deres forsvarlige Pleje og Underhold, af mange Grunde ikke kan ønske at se forøget*«. <sup>141</sup> I 1930'erne var "kvalitetssikring" af fostre således en ønskelig praksis, hvor eugenikken blev brugt som et led i opbyggelsen af velfærdsstaten. <sup>142</sup> Den eugeniske indikation blev derfor ikke betragtet som et naturstridigt indgreb sådan som fri abort, men som et redskab til at sikre befolkningens kvalitet. <sup>143</sup> I forbindelse med lovens vedtagelse kunne den eugeniske indikation opnå fuld opbakning stort set uden at give anledning til debat. <sup>144</sup>

Som nævnt tidligere tilbydes gravide kvinder i dag en række rutinemæssige fosterdiagnostiske undersøgelser, herunder blodprøve, nakkefoldsscanning, misdannelsesscanning og i nogle tilfælde mere invasive former for fosterdiagnostik i form af moderkagebiopsi eller fostervandsprøve. Fosteret kan således risikovurderes og diagnosticeres i et omfang, der var helt utænkeligt, da indikationen blev til. Dertil kommer, at man i dag, modsat i 1930'erne, ser det som velfærdsstatens opgave at sikre, at familien får støtte til at drage omsorg for barnet, og at barnet bliver inkluderet i familie og samfund på lige fod med andre. <sup>145</sup>

#### 4.4.2. Begreberne fare og alvorlig lidelse

De centrale begreber, der skal vurderes i forbindelse med den eugeniske indikation, er *fare* for en *alvorlig lidelse*.

*Fare* betyder, at der skal være en risiko af en vis størrelse for, at fosteret vil blive født med den alvorlige lidelse. Er der tale om en lidelse, der med sik-

<sup>141</sup> Betænkning afgivet af den af justitsministeriet d. 7. november 1932 nedsatte kommission angaaende lovligheden af svangerskabsafbrydelse m.v., 1936, p. 47.

<sup>142</sup> Se nærmere Lene Koch: *Tvangssterilisering i Danmark 1929-67*, København, 2000.

<sup>143</sup> Se også Sniff Andersen Nexø: *Det rette valg – dansk abortpolitik i 1930'erne og 1970'erne*, ph.d. afhandling, Københavns Universitet, 2005, kapitel 2.5 (p. 156).

<sup>144</sup> Sniff Andersen Nexø: *Det rette valg – dansk abortpolitik i 1930'erne og 1970'erne*, ph.d.-afhandling, Københavns Universitet, 2005, p. 155.

<sup>145</sup> Se eksempelvis EU's Charter om grundlæggende rettigheder, art. 3 og 26 og FN's konvention om rettigheder for mennesker med handicap.



kerhed kan diagnosticeres, vil farebegrebet være opfyldt, og man må derefter vurdere, om lidelsen opfylder betingelsen om alvorlighed.

De fosterdiagnostiske undersøgelser vil dog i mange tilfælde kun afdække en *sandsynlighed* for, at fosteret har en bestemt lidelse. Kravet om fare er således i disse tilfælde knyttet til det medicinske risikobegreb. En risiko i medicinsk forstand er udtryk for, at tilstedeværelsen af visse risikofaktorer giver en vis sandsynlighed for en given lidelse. Der er i den forstand ikke tale om en konkret og sikker diagnose, men kun en konstatering af, at der statistisk set er en risiko for en lidelse. Et eksempel kunne være, at en nakkefold af en vis størrelse medfører en vis sandsynlighed for, at fosteret har Down's syndrom. De almindelige fosterdiagnostiske undersøgelser, der tilbydes alle kvinder, kan således udtrykke en sandsynlighed eller en risiko for, at fosteret har en lidelse, og rummer derfor mulighed for falsk positive og falsk negative svar.

At risikobegrebet ikke er udtryk for en diagnose, betyder, at fosteret ikke nødvendigvis er sygt, selvom der er et højt risikotal – ligesom et lavt risikotal ikke er en garanti for et rask foster: I en sag fra Patientklagenævnet fra 2004<sup>146</sup> fødte en kvinde et barn med Down's syndrom, på trods af at den fosterdiagnostiske test kun havde vist en beregnet risiko på 1:1867. Der var altså en lav risiko for, at kvindens foster var sygt. Kvinden klagede bl.a. over, at der ikke i forbindelse med nakkefoldsscanningen blev informeret om, at fosteret godt kunne have Down's syndrom, selvom det ikke havde nakkefold, og at hendes ønske om moderkagebiopsi ikke var blevet fulgt op. Patientklagenævnet fandt ikke, at normen for almindelig faglig standard var blevet tilsidesat, og der var således ikke grundlag for at kritisere hverken den privatpraktiserende læge, de ledende overlæger på henholdsvis gynækologisk-obstetrisk afdeling og ultralydsafdeling eller sygeplejersken på ultralydsafdelingen. Der blev bl.a. lagt vægt på, at kvindens ret til at få foretaget moderkage- eller fostervandsprøve (efter de gamle regler om fosterdiagnostik) var fremhævet i første afsnit i den informationsskrivelse, hun havde modtaget fra ultralydsafdelingen, at hun var blevet informeret om risikoberegningen, samt at hun ikke gav udtryk for tvivl om forståelsen af risikoberegningen, ligesom hun ikke på dette tidspunkt udtrykte ønske om foretagelse af moderkageprøve.

Er der en høj risiko, tilbydes invasiv fosterdiagnostik, der i nogle tilfælde med sikkerhed kan diagnosticere fosterets lidelse. Ved den invasive fosterdiagnostik undersøger man fosterets celler fra en moderkagebiopsi eller fostervandsprøve. Man kan på den måde med sikkerhed afdække fx sygdomme, der er knyttet til kromosomfejl. Down's syndrom kan således konstateres med sikkerhed, hvis der er tre forekomster af kromosom nr. 21. Her er der ikke tvivl om, at farebegrebet er opfyldt, da der foreligger en decideret diagnose.

---

<sup>146</sup> Anonymiseret afgørelse fra Patientklagenævnet.

Er der derimod tale om en risikoberegning, er det mere usikkert, hvad der skal til for at opfylde indikationens krav om fare. Abortankenævnet har i sin årsberetning for 2005 udtalt, at tilladelse kun bør gives ved en markant øget risiko, og at en risiko på 3 % ikke er tilstrækkelig, når den generelle baggrundsrisiko i befolkningen er 2-3 %.

I en sag fra 2005 var en kvinde gravid i 21. uge. Hun ønskede svangerskabet afbrudt på grund af en konstateret abnormitet på et kromosom. Ved en kromosomundersøgelse af parret fandt man samme abnormitet hos faren. Der var således kun en ganske let øget risiko for, at barnet ville blive handicappet eller lignende, og kvinden fik derfor afslag på anmodning om abort i både samråd og ankenævn.<sup>147</sup>

Risikoen skal altså være markant større end for befolkningen som helhed, og der bør efter ankenævnets opfattelse foretages mulige diagnostiske undersøgelser, der kan bestyrke eller afkræfte mistanken, således at beslutningen træffes på det sikrest mulige grundlag, selvom de invasive fosterdiagnostiske undersøgelser indebærer en risiko på 1 % for, at fosteret efterfølgende bliver aborteret spontant.<sup>148</sup>

I en sag fra 2004 havde et samråd givet tilladelse til abort på baggrund af en konstateret risiko for, at fosteret ville blive født med misdannelser. I en udtalelse fra Kennedy Institutet fremgik det, at der var en risiko på 3 % for, at barnet ville få en misdannelse eller en udviklingsforstyrrelse. Hverken karakteren eller alvoren af den mulige misdannelse eller udviklingsforstyrrelse var beskrevet. Ankenævnet fandt i forbindelse med sit tilsyn ikke, at der burde være blevet givet tilladelse i sagen, idet risikoen var tæt på risikoen for befolkningen i almindelighed og betingelsen om fare var derfor ikke opfyldt. Dernæst var det heller ikke sandsynliggjort, at de frygtede misdannelser var af alvorlig karakter.<sup>149</sup>

I en sag fra 2006 var en 38-årig kvinde gravid i 19. uge. Kvinden var i 1997 blevet smittet med hiv, som hun var i medicinsk behandling for. Kvinden var på det pågældende hospital blevet oplyst om, at det ene af de præparater, hun var i behandling med – Stocrin – kunne være skadeligt for fosteret. Kvinden havde taget dette præparat de første 26 dage af graviditeten. Hun ønskede at få barnet, men ikke hvis fosteret havde taget skade. Samrådet begrundede afslaget med, at risikoen for fosterskader på grund af antiviral behandling måtte anses for yderst beskeden, og samrådet fandt således ikke, at dette forhold kunne give anledning til abort.

Ankenævnet ændrede samrådets afgørelse og gav således tilladelse til svangerskabsafbrydelse. Efter oplysninger, som ankenævnet havde indhentet, var der ved dyreforsøg med Stocrin konstateret betydelig risiko for neuralrørsdefekter af varierende sværhedsgrad. Der forelå i sagens

<sup>147</sup> Jr.nr. 05-21-00069, Abortankenævnets årsberetning 2005, p. 22.

<sup>148</sup> Abortankenævnets årsberetning 2004, p. 19 og 32-34.

<sup>149</sup> Abortankenævnets årsberetning 2004, p. 32-33.

natur ikke forsøg på mennesker, men der var konkrete eksempler på, at kvinder, der havde taget Stocrin under graviditeten, havde født børn med neuralrørsdefekter, og det frarådedes derfor kvinder at tage stoffet under graviditeten. Ankenævnet bemærkede, at erfaringsmaterialet var begrænset, hvorfor det på tidspunktet ikke var muligt at sige noget om, hvor stor risikoen var. Ud fra den foreliggende dokumentation om den fosterskadelige effekt fandt ankenævnet, at der var stor sandsynlighed for, at de følger, der var konstateret ved dyreforsøg, også gjorde sig gældende for mennesker. Nævnet bemærkede endvidere, at ikke alle neuralrørsdefekter med sikkerhed konstateres ved scanning eller anden fosterdiagnostik, og vurderede på denne baggrund, at der, uanset normale fund ved scanningen, var fare for, at barnet ville få en alvorlig legemlig lidelse.<sup>150</sup>

*Alvorlig lidelse* dækkede som nævnt oprindeligt udelukkende over visse lidelser, som man dengang anså for arvelige, såsom schizofreni, manio-depressiv sygdom, åndssvaghed, konstitutionel psykopati, epilepsi, Huntington's chorea, øjenlidelser, der førte til blindhed, døvstumhed, hareskår, klumpfod, blødersygdom og lignende.<sup>151</sup> I dag er anvendelsesområdet på én gang mere bredt, da lidelsen eller misdannelsen ikke behøver at være arveligt betinget, og mere snævert, da der er krav om, at lidelsen skal være alvorlig, og denne vurdering afhænger af en konkret lægefaglig udredning eller risikovurdering.

Der findes ikke en positiv- eller negativliste over lidelser, der henholdsvis kan eller ikke kan danne grundlag for en tilladelse. Ankenævnet har dog, som nævnt ovenfor, fastsat en principiel grænse på 6 mm for nakkefolden som parameter for, at såvel faren som lidelsen er så alvorlig, at der kan gives tilladelse til abort, uden at nærmere undersøgelser af fosteret er nødvendige.

I Storbritannien er der eksempler på, at mindre alvorlige lidelser, såsom klumpfod og hareskår, der kan behandles, har begrundet abortindgreb. Mellem 1996 og 2004 var 20 sene, provokerede aborter således begrundet i klumpfod, mens 4 var begrundet i sammenvoksede eller ekstra fingre.<sup>152</sup> Efter den britiske Abortion Act kan abort udføres helt frem til fødslen, hvis fosteret lider af et alvorligt handicap. I lighed med den danske eugeniske indikation er der plads til fortolkning, for så vidt angår det nærmere indhold af denne definition. Bestemmelsen var oprindeligt møntet på at skåne kvinder for at skulle gennemføre en fødsel, hvor det var sandsynligt, at barnet ville dø kort tid efter. Udviklingen er altså gået i retning af, at flere lidelser opfat-

---

<sup>150</sup> Jr. nr. 0-608-02-46/1, Abortankenævnets årsberetning 2006, p. 32.

<sup>151</sup> Betænkning afgivet af den af justitsministeriet d. 7. november 1932 nedsatte kommission angaaende lovligheden af svangerskabsafbrydelse m.v., 1936, p. 47-51 og 77.

<sup>152</sup> Gengivet fra BioEdge nr. 205, se <[www.australasianbioethics.org](http://www.australasianbioethics.org)> /jun. 2006.

tes som alvorlige lidelser. I Danmark kan lidelser som klumpfod og hareskår ikke i sig selv begrunde en tilladelse til en sen abort,<sup>153</sup> da de ikke opfylder kravet om *alvorlighed*.

I en sag fra 2003 var en 32-årig kvinde gravid i 19. uge. Ved scanning blev der påvist misdannelse i form af manglende distale [yderste] del af venstre arm. Kvinden fik afslag på abort, da misdannelsen ikke kunne anses for at være en alvorlig lidelse.<sup>154</sup>

I Abortankenævnets praksis gives der tilladelse på den eugeniske indikation, hvis der er tale om en invaliderende misdannelse eller lidelse, frem til fosteret må antages at være levedygtigt. Der er dog ikke opstillet nogen ekspliciterede parametre i lovgrundlaget for, hvordan kravet om alvorlighed skal fortolkes. Det er således uklart, om det er hensynet til det senere barns livskvalitet og muligheder, hensynet til den familie, der skal opfostre barnet, hensynet til kvindens ret til at bestemme over sit eget liv, hensynet til de samfundsmæssige omkostninger eller andre hensyn, der skal inddrages i alvorlighedsvurderingen.

Som det fremgår af de sager, der er præsenteret ovenfor til belysning af farebegrebet, er der en lang række misdannelser, afvigelser og lidelser, der kan risikoberegnes eller afdækkes ved hjælp af fosterdiagnostik og genetisk rådgivning. Samtidig med at Sundhedsstyrelsen udsendte nye retningslinjer om fosterdiagnostik i 2004, hvorefter fosterdiagnostik nu ikke længere kun er et tilbud til kvinder, der på forhånd har en kendt risiko, men et tilbud til alle gravide, kom der samtidig en ændring i praksis for så vidt angår muligheden for at få abort. Tidligere var der overensstemmelse mellem de fosterdiagnostiske undersøgelser og muligheden for at få tilladelse til abort, således var det almindelig praksis, at hvis de invasive diagnostiske undersøgelser havde vist en kromosomfejl, fik kvinden tilladelse til abort. I 2004 blev denne praksis ændret, da samrådet på Fyn gav afslag til en kvinde, der ønskede at abortere et drengefoster med dobbelt Y-kromosom med den begrundelse, at der ikke var tale om en alvorlig lidelse. Sagen blev anket til Abortankenævnet, som stadfæstede samrådets afgørelse.<sup>155</sup> En dreng med et ekstra Y-kromosom vil blive meget høj, måske have mere temperament og intelligensmæssigt måske ligge lidt lavere end normalt. Sådanne kromosomfejl vil således ikke opfylde kravet om alvorlighed. De kromosomlidelser, der ikke ligesom Down's syndrom medfører psykisk udviklingshæmmelse, men fx medfører påfaldende udseende i form af nedsat vækst samt sterilitet

<sup>153</sup> Se endelig besvarelse af spørgsmål nr. 15 af 18. november 1999 fra Folketingets Retsudvalg vedrørende L 76 og Abortankenævnets årsberetning 2001, p. 18.

<sup>154</sup> Jr. nr. 03-21-00023, Abortankenævnets årsberetning 2003, p. 29.

<sup>155</sup> Sagen er omtalt i Abortankenævnets årsberetning 2004, p. 33-34.

eller nedsat fertilitet, såsom Klinefelter og Turner's syndrom (kønskromosomafvigelser), vil efter praksis kun kunne danne grundlag for en tilladelse tidligt i graviditeten, mens lidelserne ikke har en sådan alvorlighed, at kravet om stigende styrke i indikationen vil være opfyldt senere i graviditeten.<sup>156</sup>

I en sag fra 2006 var en 36-årig kvinde gravid i 20. uge. Kvinden søgte om tilladelse til svangerskabsafbrydelse, idet der var konstateret Klinefeltermosaik XXY hos fosteret. Ankenævnet stadfæstede samrådets afgørelse, idet der blev lagt vægt på, at følgerne af Klinefelters syndrom efter ankenævnets vurdering ikke var så alvorlige, at betingelserne for abort efter den eugeniske indikation med sikkerhed var opfyldt. I kvindens tilfælde var der desuden tale om en mosaik med ca. 20 % korrekte gener, hvilket efter nævnets vurdering betød, at følgerne ville blive mindre udtalte. På denne baggrund og henset til den fremskredne graviditet fandt ankenævnet ikke, at der var en fare for, at barnet ville få en legemlig eller sjælelig lidelse, der var så alvorlig, at den kunne begrunde tilladelse til svangerskabsafbrydelse.<sup>157</sup>

Der er altså ikke længere nødvendigvis en sammenhæng mellem de lidelser, som de fosterdiagnostiske undersøgelser har til hensigt at afdække, og de lidelser, der kan danne grundlag for en tilladelse. Samrådet og nævnet skal således i den enkelte sag tage stilling til, om den konkrete lidelse opfylder betingelserne, uanset at den er afdækket af de fosterdiagnostiske undersøgelser, kvinden er blevet tilbudt i sundhedsvæsenet som led i at understøtte hendes selvbestemmelsesret. Samrådet skal også lægge særlig vægt på, om det er berettiget at udsætte kvinden for den forøgede helbredsrisiko, som et indgreb efter udløbet af 12. svangerskabsuge medfører, jf. sundhedslovens § 94, stk. 2.<sup>158</sup> At risikoen for kvinden stiger, jo længere henne i graviditeten hun er, er i praksis blevet fortolket som en stigende status for fosteret i den forstand, at der krævedes mere og mere tungtvejende grunde, jo længere henne kvinden var i graviditeten. Denne fortolkning er senere blevet understøttet af lovgiver i forbindelse med vedtagelsen af levedygtighedskriteriet.<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> Afslag på abort i 23. uge, hvor der var konstateret Turner's syndrom hos fosteret, se jr.nr. 0-608-02-55/1, Abortankenævnets årsberetning 2006, p. 36.

<sup>157</sup> Jf. jr.nr. 0-608-02-37/1, Abortankenævnets årsberegning 2006, p. 27.

<sup>158</sup> Se også vejledning nr. 25 af 04/04/2006 om svangerskabsafbrydelse og fosterreduktion, punkt 2.2 og betænkning nr. 522/1969 om adgang til svangerskabsafbrydelse p. 92, hvor det anføres at afgørelsen om meddelelse af tilladelse beror på et skøn, hvor der især tages hensyn til indikationens styrke sammenholdt med den forøgede risiko og belastning, som indgrebet må antages at ville medføre for den pågældende kvinde.

<sup>159</sup> Folketingets samling 1999-2000, L 76 Forslag til lov om ændring af lov om svangerskabsafbrydelse (sene, provokerede aborter), almindelige bemærkninger, punkt 2.

Et særligt dilemma viser sig, når der må foretages yderligere undersøgelser for at fastslå eller konkretisere en risikoberegning. Den tid, der forløber, kan betyde, at faren og lidelsen på formodningstidspunktet vil kunne danne grundlag for en tilladelse, men senere ikke har en sådan styrke i indikationen, at der kan gives tilladelse.

Denne problematik afspejler det modsætningsforhold, der kan være mellem kvindens selvbestemmelsesret i form af retten til information, og kategoriseringen af fosteret som en uafhængig beskyttelsesinteresse,<sup>160</sup> hvor fosterets status vægter tungt. Kravet om stigende styrke og den heraf følgende tidsfaktor kan medføre, at en kvinde vælger abort på et ufuldstændigt grundlag, fordi den tid der forløber med yderligere undersøgelser i den sidste kan koste hende retten til abort. Omvendt vil der ved en nakkefold på under 6 mm være krav om yderligere undersøgelser, før der kan gives tilladelse til abort. Der synes således ikke at være konsistens i det underliggende hensyn til at forhindre abortering af raske fostre på kvinder, der ønsker graviditeten/et rask barn.

En større overensstemmelse mellem de fosterdiagnostiske tilbud og kvindens mulighed for abort kunne således være ønskelig.<sup>161</sup>

#### 4.4.3. Fosterreduktion

En særlig form for selektion af fostre er reguleret i forbindelse med fosterreduktion.

Fosterreduktion er et medicinsk indgreb, der afbryder et eller flere fostres liv i en kvinde, der er gravid med flere fostre, hvorefter graviditeten fortsætter med det eller de tilbageværende fostre. Flerfoldsgraviditet kan opstå ved naturlig befrugtning, hvor flere æg befrugtes, eller ved spontan deling af et enkelt befrugtet æg. Flerfoldsgraviditet skyldes dog ofte hormonbehandling med det formål at stimulere ægløsning efterfulgt af svangerskab opnået enten ved samleje, insemination eller reagensglasbefrugtning, hvor der er be-

---

<sup>160</sup> For en kritik af fosterdiagnostik se Henriette Sinding Aasen: Hva slags barn? Abortdebatt med nytt indhold i Retfærd 50 nr. 50/1990, p. 28-41 (30) og Henriette Sinding Aasen: Fosterdiagnostik og rettfærdighed: Et kvinde- og menneskerettslig perspektiv i Kirsten Ketscher, Jytte Lindgård & Ruth Nielsen: Den sociale dimension i kvinderetligt perspektiv, København, 1995, p. 215-235.

<sup>161</sup> I 2006 steg antallet af tilladelser i 19.-22. uge markant, jf. Abortankenævnets årsberetning, 2006, p. 11. Det er uvist, i hvilket omfang stigningen relaterer sig til den eugeniske indikation, og om stigningen er udtryk for en mindre restriktiv praksis. Behovet for overensstemmelse og forudberegnelighed består derfor fortsat.

frugtet mere end ét æg, og mere end ét af disse æg implanteres i kvindens livmoder.<sup>162</sup>

Sundhedslovens §§ 95 og 96, der opstiller de retlige rammer for fosterreduktion, indeholder flere af de figurer, der også kendes fra abortindgreb, eksempelvis hensynet til kvindens legemlige og sjælelige helbred og levedygtighedskriteriet, der også udgør den øvre grænse for fosterreduktion. En afgørende forskel er dog den manglende adgang til fri fosterreduktion.

Inden udgangen af 12. svangerskabsuge kan kvinden få reduceret antallet af fostre uden særlig tilladelse, hvis indgrebet væsentligt formindsker en risiko for, at kvinden spontant vil abortere alle fostre, eller at et eller flere fostre som følge af for tidlig fødsel ikke vil være levedygtige eller vil få en alvorlig legemlig eller sjælelig lidelse.<sup>163</sup> Efter udgangen af 12. uge kan kvinden med særlig tilladelse få udført fosterreduktion, hvis der foreligger særlige omstændigheder<sup>164</sup> eller på den eugeniske indikation.

Der gives altid tilladelse til reduktion ved trillinge- og firlingegraviditeter, hvor der kan reduceres til to fostre. Tvillingegraviditeter udgør dog ikke en sådan væsentlig forøget risiko for fostrene, at der kan gives tilladelse alene på baggrund af antallet af fostre.<sup>165</sup>

Den eugeniske indikation ved fosterreduktion følger samme praksis som ved abortindgreb.<sup>166</sup>

Det fremhæves i bemærkningerne, at fosterreduktion er et indgreb, der er væsensforskelligt fra abort, og derfor også vurderes etisk forskelligt. Fosterreduktion udgør således en særlig form for selektion i en situation, hvor kvinden eller parret ønsker at fortsætte graviditeten som sådan. Reguleringen af fosterreduktion afspejler således, at kvindens hensigt med graviditeten tillægges betydelig vægt, og at fosteret har en særlig tungtvejende status i de tilfælde, hvor kvinden har til hensigt at blive forælder.

---

<sup>162</sup> Se L 184 Forslag til lov om ændring af lov om svangerskabsafbrydelse og lov om sterilisation og kastration. (Fosterreduktion, svangerskabsafbrydelse på privathospitaler og ophævelse af bopælskrav) fremsat den 12. marts 2003, alm. bemærkninger, pkt. 2.1.

<sup>163</sup> Herudover kan kvinden uden særlig tilladelse få udført indgrebet, hvis det væsentligt formindsker risikoen for, at der opstår fare for kvindens liv, eller at kvindens legemlige eller sjælelige helbred vil blive væsentligt forringet.

<sup>164</sup> Denne bestemmelse, der fremgår af § 95, stk. 2, angår navnlig tilfælde, hvor fosterreduktionen sker for at formindske risikoen for de tilbageblevne fostre, se nærmere Abortankenævnets årsberetning 2005, p. 12.

<sup>165</sup> Se L 184 fremsat den 12. marts 2003, alm. bemærkninger, pkt. 2.4.2.a, pkt. 2.6 og bemærkninger til § 3 a, stk. 1.

<sup>166</sup> Se L 184 fremsat den 12. marts 2003, alm. bemærkninger, pkt. 2.6.

Modsat er spørgsmålet om egnethed, som belyst, ikke et spørgsmål, kvinden har fuldstændig råderet over. Den kvalitative vurdering af fosteret sker således under inddragelse af lægefaglige begrundelser, mens normative overvejelser også spiller en rolle, idet abortspørgsmålet i sådanne tilfælde skal indbringes for det regionale abortsamråd.

#### 4.5. Hensynet til socialt velbefindende

Efter sundhedslovens § 94, stk. 1, nr. 4-6 kan der gives tilladelse til abort på *social indikation*. Bestemmelsen omfatter både et hensyn til kvindens sociale position og velbefindende og også til opretholdelsen af hjemmet og de øvrige børns omsorg og velbefindende. Det er i øvrigt både kvindens og mandens forhold og omsorgsevne, der kan begrunde tilladelse til abort. I en sag fra 2006 var tilladelsen således primært begrundet i, at faren til barnet var arbejdsløs efter lang tids sygdom, at han havde et voldsomt temperament, samt at han havde symptomer på ADHD (hyperaktivitet), og at begge havde udtrykt bekymring for, om faderen i sin nuværende situation ville kunne magte omsorgen for endnu et barn. Ankenævnet fandt således, at det af hensyn til den samlede belastning af familien og omsorgen for det fælles barn og samleverens datter måtte anses for påkrævet, at svangerskabet blev afbrudt.<sup>167</sup>

I praksis gives der ikke tilladelse til abort efter udløbet af 18.-20. svangerskabsuge af sociale grunde, medmindre der foreligger helt særlige og tungtvejende grunde, der med afgørende vægt taler for det.

I en sag fra 2005 var en 20-årig kvinde gravid i 21. uge. Hun var netop flyttet hjemmefra og boede i en ungdomsbolig. Faren til barnet var hendes 27-årige kæreste. Kvinden var lige begyndt på pædagogseminariet, og hun modtog SU. Hendes forhold til sine forældre var ikke særlig godt, og hun frygtede, at de ville afvise hende. Parret var enige i ønsket om svangerskabsafbrydelse, idet de ikke var sikre på deres fremtid sammen. Ankenævnet stadfæstede samrådets afgørelse, idet der blev lagt vægt på, at der i praksis efter udløbet af 18.-20. svangerskabsuge ikke gives tilladelse til svangerskabsafbrydelse af sociale grunde, medmindre der foreligger helt særlige og tungtvejende grunde, der med afgørende vægt taler for det. Ankenævnet var enig med samrådet i, at der ikke i kvindens forhold var sådanne tungtvejende grunde. Nævnet lagde endvidere vægt på, at den omstændighed, at en graviditet kommer ubejleligt i forhold til færdiggørelse af en uddannelse, ikke kan føre til et andet resultat.<sup>168</sup>

I en sag fra 2005 var en 29-årig kvinde gravid i 21. uge. Hun boede alene med sine 3 børn på 2, 5 og 7 år. Faren til børnene havde samvær med dem hver anden weekend. Hun arbejdede 32 timer om ugen. Kvinden ønskede abort, idet hun ved samtlige af sine tidligere graviditeter havde

<sup>167</sup> Jr.nr. 0-608-02-32/1, Abortankenævnets årsberetning 2006, p. 25.

<sup>168</sup> Jr.nr. 0-608-02-1/1, Abortankenævnets årsberetning 2005, p. 23.





I en sag fra 2003 var en 34-årig kvinde gravid i 15. uge. Kvinden ønskede svangerskabet afbrudt, idet hverken hun eller hendes samlever var interesserede i at få børn. Job og karriere var det fremherskende i deres liv. Forholdet mellem dem var afbrudt, de levede adskilt, men stadig under samme tag. Kvinden havde fået tilbudt en chefstilling, og dette ville ikke kunne forenes med et barn. Kvinden var krisepræget og presset i den aktuelle situation. Ankenævnet stadfæstede samrådets afslag, idet der blev lagt vægt på hendes gode sociale forhold, og at den omstændighed, at graviditeten kom ubelejligheds i forhold til kvindens jobsituation, ikke kunne tillægges afgørende betydning.<sup>174</sup>

I en sag fra 2003 var en 33-årig kvinde gravid i 15. uge. Hun levede i ægteskab, og parret havde gennem flere år forsøgt at få et barn og var aktuelt i fertilitetsbehandling. Kvinden havde gennem de sidste 3 måneder haft en elsker, som formentlig var far til barnet. Kvinden fik afslag på abort med henvisning til de gode økonomiske og sociale forhold.<sup>175</sup>

De omstændigheder, der kan begrunde en tilladelse til abort på den sociale indikation, stiger således i alvorlighedsgrad afhængig af kvindens alder og graviditetens længde. Kvindens (høje) alder er altså i denne sammenhæng en skærpende faktor i forhold til alvorlighedsgraden, og høj alder kan således ikke i sig selv danne grundlag for en tilladelse til abort. Alder var efter 1970-loven indikation for fri abort for kvinder, der var over 38 år. Modsat den nuværende praksis på abortområdet er der i befrugtningslovens § 6 et alderskrav på 45 år for kvinder, som udgør den øvre grænse for, hvornår det er tilladt at give kunstig befrugtning-behandling.<sup>176</sup> Forestillingen om det gode moderskab skifter altså over tid, og har således haft en skiftende betydning for fosterets status.

Den sociale indikation har karakter af en helhedsvurdering, hvor både egenskaber som alder, omsorgsevne og modenhed og sociale omstændigheder som sygdom, tilknytning til arbejdsmarkedet, boligforhold, økonomi og sociale relationer vurderes samlet, primært med det kommende barns eller eksisterende børns tarv for øje.

#### 4.6. Hensynet til levedygtighed

Debatten om en øvre grænse for provokeret abort blev bl.a. skudt i gang af nogle jordemødre,<sup>177</sup> der i pressen havde beskrevet, at de på den ene føde-

<sup>174</sup> Jr.nr. 03-21-00005, Abortankenævnets årsberetning 2003, p. 24.

<sup>175</sup> Jr.nr. 03-21-00026, Abortankenævnets årsberetning 2003, p. 30.

<sup>176</sup> Alderskravet på 45 år gælder i øvrigt også ved international fremmedadoption, jf. Vejledning nr. 10109 af 22/12/2006 til statsforvaltningerne om adoption, punkt 8.2.1.2.

<sup>177</sup> Se omtale i Etisk Råd: Sene provokerede aborter, 1997, p. 4. Debatten omtales også i artiklen *Mellem et par fade i skyllerummet* i Sygeplejersken nr. 2/1999 <[www.sygeplejersken.dk/sygeplejersken/default.asp?intArticleID=2411](http://www.sygeplejersken.dk/sygeplejersken/default.asp?intArticleID=2411)> /maj 2007. Inden levedygtighedskriteriet blev indført, havde der i praksis allerede været indfortolket en stigende status for fo-

stue skulle gøre alt for at redde et for tidligt født barn, mens de på den anden fødestue skulle medvirke til provokeret abort på et levedygtigt foster på samme alder, hvor aborten nogle gange kunne mislykkes i den forstand, at det aborterede foster viste livstegn og måtte lægges ud i skyllerummet for at dø. Sundhedspersonerne havde i sådanne sager allerede ret til at nægte at medvirke til abort, og der var således tale om, at konkrete etiske dilemmaer måtte håndteres retligt for at løfte det moralsk byrdefulde valg fra sundhedspersonerne. Det var således primært hensynet til sundhedspersonernes egne etiske grænser og udviklingen i behandling af præmature børn der foranledigede, at lovgiver valgte at kategorisere det levedygtige foster med en særlig tung retlig vægt.

At dette dilemma kunne opstå, må også ses på den baggrund, at der ikke findes regler om, hvordan en sen abort skal udføres. Som tidligere nævnt foretager man i Danmark en sen abort ved at give et vefremmende hormon, der bevirker, at fosteret i de fleste tilfælde dør af iltmangel. I Spanien sprøjter man derimod kaliumchlorid ind i fosterets hjerte, så det med sikkerhed dør inden fødslen. Man kunne således også regulere denne problematik ved at opstille regler for, hvordan en sen abort bør foretages, og derved imødegå sundhedspersonernes (og kvindens) følelse af ubehag over, at det aborterede foster blev bragt levende til verden. I denne kontekst kategoriseres fosteret således ikke som noget betydningsfuldt på baggrund af evnen til at føle smerte, og der er følgelig ikke regler om, at svangerskabsafbrydelse skal ske på en human måde.

Dilemmaet om ”levendefødte aborter” synes i øvrigt ikke længere at være aktuelt i dansk ret. I Vejledning nr. 9623 af 31/08/2005 om kriterier for levende- og dødfødsel mv. er det præciseret, at der efter dansk lov som udgangspunkt vil være hjælpepligt i forhold til et levendefødt barn, *uanset* baggrunden for at barnet er kommet til verden. Såfremt lægen efter en samlet vurdering finder, at barnet er levedygtigt, skal fornøden behandling iværksættes. Såfremt det vurderes, at barnet er uafvendeligt døende, skal fornøden omsorg gives. Uanset at kvinden har fået tilladelse til et abortindgreb, er der således efter denne vejlednings optik ikke tale om en ret til at sikre fosterets død, men udelukkende en ret til at få fjernet fosteret fra hendes krop.<sup>178</sup>

---

steret, idet betingelsen om at der skal tages hensyn til den risiko, indgrebet udgør for kvinden, var blevet fortolket som en stigende status for fosteret.

<sup>178</sup> Jf. Judith Jarvis Thomsons diskussion af, om der er en ret til at sikre fosterets død eller en ret til at få det ”afkoblet” fra kvindens krop, se nærmere kapitel 3. Det kan dog diskuteres, om ikke den sociale og muligvis den etiske og eugeniske indikation i sundhedsloven netop giver kvinden ret til at sikre fosterets død. Efter denne fortolkning er det usikkert, om

Med virkning fra 1. juli 2000 indførte man på baggrund af jordemoderdebatten levedygtighedskriteriet, som regulerer adgangen til at få foretaget visse sene, provokerede aborter.<sup>179</sup> Levedygtighedskriteriet, der fremgår af sundhedslovens § 94, stk. 3, er en fleksibel og individuel grænse uden angivelse af en bestemt ugegrænse fra lovgivers side. Herved kan grænsen flytte sig i takt med lægevidenskabens udvikling, men er for tiden omkring 24. uge.<sup>180</sup> At fosteret regnes for levedygtigt, vil sige, at det ville kunne overleve ved for tidlig fødsel, eventuelt med hjælp af lægevidenskaben. Levedygtighed er dog ikke ensbetydende med, at et sådant foster ved for tidlig fødsel ville overleve på længere sigt, idet for tidligt fødte børn har en stor overdødelighed.<sup>181</sup>

Må det konkrete foster antages at være levedygtigt, kan tilladelsen således kun gives, hvis der er tale om eugenisk indikation, og omstændighederne med afgørende vægt taler for det. Den debat om fosterets etiske status og sundhedspersonernes egne etiske grænser, der blev skudt i gang af jordemødrene, endte således med, at lovgiver valgte at tildele det levedygtige foster en særlig tung retlig status.

Det betyder, at der eksempelvis heller ikke kan gives tilladelse til abort på den etiske indikation, hvis der er tale om et levedygtigt foster. I en sag fra 2006 var en 13-årig pige gravid i 24. uge. Pigen boede hjemme hos sin mor og stedfar sammen med sin bror. Hun gik i 7. klasse og havde planer om at starte på gymnasiet efter 9. klasse. Faren til barnet var hendes 16-årige kæreste, der således ulovligt havde haft seksuelt samkvem med en mindreårig. Som begrundelse for sit ønske om abort havde hun anført, at hun ikke kunne overskue at skulle have et barn, samt at hun ikke følte sig i stand til at tage vare på det. Dertil kom risikoen for komplikationer som følge af hendes diabetes. Ankenævnet stadfæstede samrådets afgørelse, idet der blev lagt vægt på, at et foster, der kommer til verden ved en naturlig fødsel i 24. svangerskabsuge eller senere, antages at være levedygtigt. Pigen var gravid i 24. uge. Da fosteret således var levedygtigt, kunne der ikke gives tilladelse til svangerskabsafbrydelse. Ankenævnet bemærkede endvidere, at der ikke

---

der for en sådan abort, hvor livstegn konstateres, fordi graviditetslængden er forkert anslået og fosteret derfor alligevel fremviser livstegn, vil være hjælpepligt.

<sup>179</sup> Folketingets samling 1999-2000 L 76 Forslag til lov om ændring af lov om svangerskabsafbrydelse (sene, provokerede aborter), almindelige bemærkninger, afsnit 1 og 5.

<sup>180</sup> Se eksempelvis jr.nr. 0-608-02-44/1, hvor levedygtighed ikke overvejes ved 22. fulde uger, og jr.nr. 0-608-02-45/1, hvor det anføres, at der ikke er grundlag for at antage, at fosteret var levedygtigt før i uge 24, Abortankenævnets årsberetning 2006, p. 31-32.

<sup>181</sup> En undersøgelse af ca. 18.300 levendefødte præmature børn viste således en dødelighedsprocent på 60,5 ved fødsel i 27. uge eller før, se nærmere L 184 fremsat 12. marts 2003, alm. bemærkninger, pkt. 2.3.2.b.

## Kapitel 4

var oplysninger om, at der skulle være risiko for, at barnet vil få en alvorlig legemlig eller sjælelig lidelse.<sup>182</sup>

Bemærkningerne<sup>183</sup> understreger, at i de tilfælde, der er omfattet af en af de andre indikationer, og aborten samtidig er nødvendig efter lovens § 93, vil indgrebet kunne foretages efter denne bestemmelse uden tilladelse, idet levedygtighedskriteriet som tidligere nævnt ikke gælder, når abortindgrebet er nødvendigt for at afværge fare for moderens liv eller alvorlig forringelse af hendes legemlige eller sjælelige helbred.

I en sag fra 2005 var 35-årig kvinde gravid i 25. uge +/- 1 uge. Kvinden var ca. 1 uge før ankenævnets behandling af sagen blevet indlagt på psykiatrisk center med helbredsmæssig indikation for tvangsindlæggelse. Kvindens diagnose var paranoid psykose. Ankenævnet stadfæstede samrådets afgørelse, idet der blev lagt vægt på, at fosteret måtte formodes at være levedygtigt, såfremt det den dag kom til verden ved en naturlig fødsel. Ankenævnet lagde endvidere vægt på, at der ved scanningen ikke var fundet fare for, at fosteret ville få en alvorlig legemlig eller sjælelig lidelse.<sup>184</sup>

En sygdom hos kvinden, der ikke opfylder betingelserne i § 93, kan således ikke begrunde tilladelse til abort, hvis fosteret må antages at være levedygtigt.

Levedygtighedskriteriet betyder, at der kun meddeles tilladelse til abort i ganske særlige tilfælde. Fostre, der har kromosomafvigelser som Downs syndrom, Klinefelter syndrom og Turner syndrom, opfylder eksempelvis ikke betingelserne, hvis det pågældende foster må antages at være levedygtigt.<sup>185</sup>

I en sag fra 2000 var en 32-årig kvinde gravid i 25. uge. Kvinden og hendes samlever havde tidligere fået et barn med en medført hjertefejl. Som følge heraf skulle barnet gennemgå nogle større operationer, men døde 2 år gammelt, inden disse var gennemført. Det fremgik af hospita-

---

<sup>182</sup> Jr.nr 0-608-02-38/1, Abortankenævnets årsberetning 2006, p. 27-28. En anden sag, hvor graviditeten efter det oplyste var følge af en voldtægt, endte ligeledes med afslag fordi der var tale om et levedygtigt foster, jf. jr.nr. 0-608-03-62/1, Abortankenævnets årsberetning 2006, p. 40. Afslag på social indikation gives også når der er tale om et levedygtigt foster. Se jr.nr. 0-608-02-39/1, Abortankenævnets årsberetning 2006, p. 28.

<sup>183</sup> Folketingets samling 1999-2000 L 76 Forslag til lov om ændring af lov om svangerskabsafbrydelse (sene, provokerede aborter), almindelige bemærkninger, afsnit 5.3.

<sup>184</sup> Jr.nr. 0-608-02-2/1, Abortankenævnets årsberetning 2005, p. 23.

<sup>185</sup> Endelig besvarelse af spørgsmål nr. 29-32 af 3. februar 2000 samt besvarelse af spørgsmål nr. 35 af 23. februar 2000 og spørgsmål nr. 36 af 9. marts 2000 fra Folketingets Retsudvalg vedrørende forslag til lov om ændring af lov om svangerskabsafbrydelse (L76 – bilag 20, 23 og 26), Justitsministeriet, spørgsmål nr. 30.

lets journal, at der var en svag mistanke om hjertefejl ved en scanning i 19. uge, men forældrene var ikke blevet informeret om dette. Ved en scanning i 24. uge viste det sig, at fosteret havde en hjertelidelse. Samrådet og ankenævnet vurderede, at der var en rimelig sandsynlighed for, at barnet efter at have gennemgået et antal operationer ville kunne leve et stort set normalt liv, og lidelsen kunne derfor ikke i sig selv tale med afgørende vægt for tilladelse med henvisning til levedygtighedskriteriet.<sup>186</sup>

Tilladelse kan således kun gives, hvor fosteret har en så alvorlig lidelse, at barnet næppe vil overleve eller kun leve i kort tid.<sup>187</sup>

#### 4.7. Hensynet til samfundsnormer og etik

Efter sundhedslovens § 94, stk. 1, nr. 2 kan der gives tilladelse til abort på *etisk indikation*. Her er tale om, at graviditeten er indtrådt som følge af en seksualforbrydelse, som nævnt i straffelovens § 210 og §§ 216-224.<sup>188</sup> Det er ikke afgørende for, om kvinden kan få tilladelse til abort, om gerningsmanden har handlet forsætligt eller uagtsomt, eller han bliver frifundet af subjektive grunde eller fx på grund af ung alder. Bestemmelsen kan også efter omstændighederne anvendes til at give tilladelse til abort, hvis det er kvinden selv, der har begået det strafbare forhold, fx incest med sin søn. Samrådet kan, men har ikke pligt til at kræve, at politianmeldelse er sket, og at anmeldelsen ikke er blevet afvist af politiet som grundløs.<sup>189</sup> Efter straffelovens § 222 er det strafbart at have samleje med et barn under 15 år. En pige, der er blevet gravid, mens hun var 14 år eller yngre, kan derfor altid få tilladelse til abort efter denne bestemmelse frem til det tidspunkt, hvor fosteret må antages at være levedygtigt. Abortankenævnet omgjorde i 2005 to sager, hvor samrådet havde givet afslag på abort under henvisning til, at de sociale forhold henset til graviditetens længde ikke var tilstrækkeligt belastede til at begrunde en tilladelse. Ankenævnet gav tilladelse efter den etiske indikation, idet det afgørende var, at samlejet havde fundet sted, inden pigen fyldte 15 år, uanset om samlejet havde fundet sted frivilligt.<sup>190</sup>

<sup>186</sup> Jr. nr. 2000-241-11, Abortankenævnets årsberetning 2000, p. 18-19.

<sup>187</sup> Se Folketingets samling 1999-2000, L 76: Forslag til lov om ændring af lov om svangerskabsafbrydelse (sene, provokerede aborter), almindelige bemærkninger, punkt 5.2 samt Retsudvalget, L 76, bilag 34, bemærkninger til nr. 1.

<sup>188</sup> Blodskam, voldtægt, udnyttelse af sindssygdhed, retardering eller tilstand, hvor kvinden ikke kan modsætte sig handlingen, personer, der har samleje med en person i deres varetægt, afhængighedsforhold, vildfarelse, samleje med mindreårig og prostitution.

<sup>189</sup> Folketingstidende 1972-73, tillæg A, spalte 1094-1095 og betænkning 522/1969 p. 113-114.

<sup>190</sup> Abortankenævnets årsberetning 2005, p. 20-22.

## Kapitel 4

En 13-årig pige var gravid i 20. uge. Faren til barnet var pigens 14-årige kæreste. Pigen var 12 år, da samlejet fandt sted. Hun havde et godt forhold til sine forældre og boede hjemme hos dem. Ankenævnet ændrede samrådets afgørelse, idet der blev lagt vægt på, at graviditeten var en følge af et samleje, der havde fundet sted, da pigen var 12 år gammel, og således omfattet af straffelovens § 222, hvorefter den der har samleje med et barn under 15 år, straffes. Uanset graviditetens fremskredne forløb var betingelserne efter den etiske indikation, hvorefter der kan gives tilladelse efter udløbet af 12. uge, såfremt svangerskabet skyldes omstændigheder omfattet af bl.a. straffelovens § 222, til stede (jr.nr. 05-21-00070).

Bestemmelsen varetager både kvindens interesse i ikke at skulle fuldføre et svangerskab, som er indtrådt efter et overgreb på hende, og det potentielle barns interesse i ikke at blive til, idet bestemmelsen også kan anvendes i de tilfælde, hvor det er kvinden selv, der har begået det strafbare forhold. I begge tilfælde er der også et underliggende ordre public-hensyn.

### 4.8. Opsamling

At lovgiver overhovedet bevæger sig ind på dette område af lægefaglig virksomhed, signalerer, at fosteret har betydning. Fosteret er således noget mere og andet end en celleklump, idet en sådan kan fjernes uden samme grad af lovgivningsmæssig interesse. Kategoriseringen af fosteret udspiller sig dog blandt en række aktører, hensyn og kontekster, og fosteret placeres på den baggrund i en række forskellige kategorier inden for dette retsområde.

For det første kategoriseres fosteret som betydningsfuldt, idet oplysningsforpligtelsen om vejledningsmuligheder og tilbud om støttesamtale formidler svangerskabsafbrydelse som et indgreb, der ikke bør træffes overilet eller ureflekteret.

Men kategoriseringen af fosteret sker også under hensyn til kvindens selvbestemmelsesret og reproduktive frihed. Indtil udløbet af 12. svangerskabsuge vægtes hensynet til kvindens selvbestemmelsesret tungere end end hensynet til fosteret, og vejledningsforpligtelse og mulighed for støttesamtale kan i dette perspektiv ses som tilbud, der skal hjælpe kvinden med at afklare sine ønsker og træffe et autentisk autonomt valg. Grænsen på 12 uger begrundes primært i hensynet til kvindens sundhed og ikke en ekspliciteret etisk status for fosteret.

Men kvindens hensigt med graviditeten tillægges også betydning. Har kvinden til hensigt at blive forælder, har dette afgørende betydning, således kan fosterreduktion ikke udføres frit – heller ikke i det tidsrum, hvor kvinden har ret til at få afbrudt graviditeten som sådan.

Indgår spørgsmålet om svangerskabsafbrydelse i en behandlingsrelateret kontekst kan fosteret kategoriseres som et biologisk appendiks, eller i hvert fald som et beskyttelsesobjekt, der har mindre betydning end kvinden. Efter udgangen af 12. svangerskabsuge vægtes hensynet til kvindens liv og sundhed således tungest. Er der tale om et indgreb, der primært er lægefagligt begrundet, kan lægen udføre indgrebet uden at søge særlig tilladelse, og uanset om fosteret er levedygtigt, mens et indgreb der begrundes på et bredere medicinsk-socialt grundlag efter den medicinske indikation, kræver tilladelse fra abortsamrådet.

Hensynet til kvindens og familiens sociale velbefindende og hensynet til fosterets egen interesse i at blive født sund/kvindens interesse i fødslen af et sundt barn kan også have en betydning for kategoriseringen af fosteret, der i denne kontekst kan kategoriseres som *potentielt belastende*. Her stilles i særlig grad mere og mere tungtvejende krav til indikationens styrke. Spørgsmålet om fosterets egnethed, hvad enten denne egnethedsvurdering angår sociale eller helbredsmæssige forhold, falder uden for kvindens råderet over fosteret. De indgreb, der kræver en særlig tilladelse fra abortsamrådet, kræver generelt mere og mere tungtvejende grunde, jo ældre fosteret er, før der gives tilladelse. Findes der indikation for det, kan disse fostre kategoriseres som *syge* eller *potentielt belastende* med den virkning, at svangerskabet kan afbrydes.

Fosteret kan også kategoriseres som *levedygtigt*. Denne kategori knyttes til en konkret lægefaglig vurdering af, om fosteret med fornøden lægehjælp ville kunne overleve ved for tidlig fødsel. Det har betydelige retlige implikationer for fosteret at blive kategoriseret som levedygtigt, idet der herefter kun undtagelsesvis kan gives tilladelse til abort, og kun når der er tale om et foster, som alligevel kun vil overleve i op til et par dage efter fødslen.

## 5. Retten til behandling

### 5.1. Indledning

I afsnittet ovenfor har jeg især beskæftiget mig med afvejningen mellem kvinden og fosteret, men også belyst, hvilken betydning andre aktører og hensyn såsom samfundsmoral, mand og familie har for fosterets retsbeskyttelse. At sundhedspersonerne også er en aktør, der har betydning for fosterets status, er også blevet nævnt i forbindelse med vedtagelsen af levedygtighedskriteriet. I dette afsnit vil jeg uddybe analysen, for så vidt angår sundhedspersonerne, dels ved at skitsere sundhedspersonernes monopolistiske adgang til at udføre abortindgreb, dels ved at inddrage nogle grundlæggende figurer i sundhedsretten; retten til behandling og retten til etisk væg-



ring, som yderligere kan have betydning for den retlige kategorisering af både kvinden og fosteret.

### 5.2. Hvem må udføre abort

Et kirurgisk abortindgreb er et operativt indgreb<sup>191</sup> i autorisationslovens forstand, mens en medicinsk abort anvender receptpligtige lægemidler. Begge abortmetoder må derfor kun udføres af en autoriseret læge, jf. sundhedslovens § 269, stk. 3 og autorisationslovens § 89. For så vidt angår abort efter udgangen af 12. uge, er der yderligere krav om, at indgrebet kun må foretages af en læge på et offentligt sygehus, jf. sundhedslovens § 101. En jordemoder kan deltage i en abort, der foregår som en ”fødsel”,<sup>192</sup> ligesom en sygeplejerske kan assistere ved en kirurgisk abort. En læge med ret til selvstændigt virke kan med enkelte undtagelser delegerer enhver opgave til medhjælp, uanset dennes uddannelse og baggrund. Som medhjælp kan både benyttes autoriserede sundhedspersoner og lægfolk, herunder lægestuderende.<sup>193</sup> Lægen har pligt til at påse, at medhjælpen besidder de nødvendige faglige kvalifikationer i forhold til at udføre en given opgave. Det følger dog udtrykkeligt af sundhedsloven, at abortindgrebet skal foretages af en læge, og denne opgave kan således ikke uddelegeres.<sup>194</sup> Det drejer sig først og fremmest om selve indgrebet (jf. § 269, stk. 3), bedømmelsen af, hvorvidt lovens betingelser er opfyldt, kompetencen til at forelægge anmodningen for regionsrådet (§ 100, stk. 4) og forpligtelsen til at vejlede kvinden om indgrebets beskaffenhed (§ 100, stk. 3).

Lægen er tillagt den skønsmæssige beføjelse til at vurdere, om betingelserne for svangerskabsafbrydelse er opfyldt. Det betyder, at lægen, inden graviditeten kan afbrydes, skal fastslå graviditetens længde ved ultralydsscanning. Der er tale om en lægefaglig vurdering, som ikke efterprøves, såfremt lægen finder, at betingelserne er opfyldt. Hvis lægen skønner, at betingelserne ikke er opfyldt, skal anmodning om abort sendes til regionsrådet med lægens ud-

---

<sup>191</sup> Sædvanligvis bliver ethvert indgreb, der medfører gennembrud af hud eller slimhinder, eller indgreb med indførelse af apparatur i de naturlige legemsåbninger, betragtet som et operativt indgreb, jf. autorisationslovens § 89. Se også Michael von Magnus og Anna Murphy: Lægeloven med kommentarer, 4. udgave, København, 2004, til § 25, p. 178-182.

<sup>192</sup> Vejledning nr. 151 af 08/08/2001 om jordemødres virksomhedsområde, journalføringspligt, indberetningspligt mv., afsnit 2.3.

<sup>193</sup> Se autorisationslovens § 17 og Sundhedsstyrelsens meddelelse af 30. maj 2001 vedrørende kompetenceforhold for lægestuderende ansat som vikar for læge på sygehuse.

<sup>194</sup> Der findes i øvrigt også andre eksempler på, at lovgivningen udtrykkeligt kræver, at opgaver kun kan udføres af læger. Dette er tilfældet ved udfærdigelse af recepter, dødsattester og lægeerklæringer til offentligt brug.

talelse. Det regionale samråd og i sidste instans Abortankenævnet har kompetencen til at vurdere, om en eller flere af indikationerne er opfyldt.

Et abortindgreb kan inden udgangen af 12. uge udføres på offentlige eller private hospitaler eller klinikker, jf. sundhedslovens § 101 modsætningsvis og cirkulære nr. 56 af 16. juni 2004, § 1, stk. 1, 2. pkt., hvorefter det lægemiddel, der anvendes til medicinsk abort, nu også er tilgængeligt for enhver speciallæge i gynækologi eller obstetrik. Kravet om, at en (tidlig) abort skal foretages på et offentligt eller privat sygehus eller klinik af en autoriseret læge, rejser spørgsmålet om, hvordan man dermed juridisk ser på de medicinske aborter. Den medicinske abort kunne lige så godt tilbydes hos den praktiserende læge, eller kvinden kunne tage pillerne i sit eget hjem efter ordination fra den privatpraktiserende læge. Til sammenligning kan den såkaldte fortrydelsespille købes i håndkøb, fordi den karakteriseres som et svangerskabsforebyggende middel, der kan forhindre, at et befrugtet æg udvikler sig til en graviditet. At der er denne forskel skyldes først og fremmest, at den medicinske abort ikke er et risikofrit indgreb for kvinden. Lægemiddelstyrelsen har således i sin produktinformation oplyst, det kan være nødvendigt at overvåge kvinden efter indtagelsen af lægemidlet for at undgå, at livsfarlige blødninger ikke bliver behandlet i tide.<sup>195</sup> Dansk Selskab for Obstetrik og Gynækologi anbefaler i sine guidelines, at kvinden tilbydes 4 timers observation på afdelingen, eller at kvinden har en voksen person hos sig, hvis medicinen medgives til hjemmeadministration.<sup>196</sup> Ud over det sundhedsfaglige hensyn til kvinden, er der som nævnt et retligt statusskift knyttet til implantationen, ligesom afbrydelsen af svangerskabet kræver det fornødne ultralydsapparat og erfaring i anvendelsen heraf, idet kvinden, inden indgrebet kan foretages, skal undersøges for at fastlægge graviditetslængden. Dette krav skal sikre, både at lovens betingelser opfyldes, og at kvinden får foretaget indgrebet på forsvarlig vis.<sup>197</sup>

### 5.3. Ret til behandling og pligt til at behandle

At kvinder har ret til behandling på lige fod med mænd, er som tidligere nævnt et af de bærende hensyn i Kvindekonventionen. I CEDAW-komitéens fortolkning af art. 12 ligger både et krav om, at behandling skal

<sup>195</sup> Se Indenrigs- og Sundhedsministerens besvarelse af spørgsmål S6158 <[www.folketinget.dk/samling/20051/spoergsmaal/S6158/svar/supplerende/20061109/319474.HTM](http://www.folketinget.dk/samling/20051/spoergsmaal/S6158/svar/supplerende/20061109/319474.HTM)>.

<sup>196</sup> Se <[www.dsog.dk/hindsgavl/Ab\\_med\\_guide1trim2005.pdf](http://www.dsog.dk/hindsgavl/Ab_med_guide1trim2005.pdf)> /mar. 2007.

<sup>197</sup> Se også Folketingets samling 2002-2003, L 184: Forslag til lov om ændring af svangerskabsafbrydelse og lov om sterilisation og kastration (fosterreduktion, svangerskabsafbrydelse på privathospitaler og ophævelse af bopælskrav), almindelige bemærkninger, afsnit 3.

gives på områder, som er unikke for kvinder på grund af deres reproduktive rolle, og at behandlingen også skal gives i rette tid.<sup>198</sup>

I dansk ret er retten til abort og sterilisation formuleret som egentlige retskrav.<sup>199</sup> Dette er i sig selv opsigtsvækkende, idet der som udgangspunkt ellers ikke findes en ret til at modtage en *bestemt* behandling. Eftersom der er et retskrav på abort, er det relevant at overveje, hvem der er forpligtet til at opfylde dette retskrav.

En sundhedsperson har ikke pligt til at udføre eller deltage i et abortindgreb. Læger, sygeplejersker, jordemødre, sygehjælpere og social- og sundhedsassistenter, eller personer under uddannelse til et af de nævnte erhverv, for hvem det strider mod deres etiske eller religiøse opfattelse at foretage eller medvirke til abort, skal efter anmodning fritages herfor.<sup>200</sup>

Sygehusvæsenet har dog pligt til at stille tilbud og tilstrækkelig kapacitet til rådighed. Dette aspekt blev fremhævet ved såvel 1973- som 1989-loven, og er ikke mindre relevant nu, hvor abort inden 12. uge ikke længere er stedligt afgrænset til offentlige sygehuse – og kvinden derfor også kan vælge at få indgrebet foretaget på et privat sygehus eller klinik. Regionen skal, uanset om der er tale om regionens egne sygehuse eller private sygehuse eller klinikker, som regionen har indgået aftale med om behandling af patienter, sikre, at man samlet set har kapacitet til at kunne opfylde retskravet på fri abort og abort efter tilladelse, idet den abortsøgende kvinde har ret til at få sygehusbehandling i sin bopælsregion eller andre regioners sygehuse.<sup>201</sup>

Det er essentielt, at tidsfaktoren her holdes for øje; indgrebet skal udføres inden udgangen af 12. uge. Tidsfaktoren og hensynet til at minimere eller undgå fare for kvindens helbred fremhæves af EMD i sagen *Tysiac v. Poland*<sup>202</sup> som afgørende for de procedurer, der skal afgøre, om en kvinde opfylder lovens betingelser for at få abort. I denne sag var den tidsmæssige faktor ikke knyttet til en legalt fastsat tidsgrænse, men fremhæves af domstolen som relevant i forhold til det lægefaglige hensyn og hensynet til, at kvinden ikke skal belastes unødigt af uklarhed om sin situation og retsstil-

---

<sup>198</sup> General Recommendations no. 24 (CEDAW, 20th session, 1999) Women and health, punkt 23.

<sup>199</sup> Om abortydelsens karakter af retskrav se afsnit 4.2.1.

<sup>200</sup> Jf. sundhedslovens § 102. Det etiske forbehold diskuteres nærmere i afsnit 5.4.

<sup>201</sup> Sundhedslovens § 79, stk. 1 og bekendtgørelse nr. 109 af 21/02/2006 om ret til sygehusbehandling og befordring m.v., § 4.

<sup>202</sup> Application no. 5410/03 af 20. marts 2007, pr. 118. Sagen er diskuteret mere udførligt i afsnit 3.1.2.3 ovenfor.

ling. En kvinde har således ret til hurtigt at få iværksat den lægefaglige vurdering af, om hun opfylder betingelserne for at få fri abort, og få udført selve indgrebet, hvis det i øvrigt er lægefagligt forsvarligt.<sup>203</sup> Sker der forsinkelse i sagsbehandlingen eller behandlingen på sygehuset, således at 12-ugers-grænsen overskrides, er der i øvrigt ikke i loven mulighed for at dispensere eller mulighed for at tillade abort på dette grundlag. I dette perspektiv bliver 12-ugers-grænsen ikke kun en medicinsk begrundet grænse, sådan som det som tidligere nævnt anføres i forarbejderne, men også en normativ grænse, der tillægger fosteret en stigende og gradueret status.

Abort kan som tidligere nævnt udføres både medicinsk og kirurgisk, i hvert fald hvis kvinden ikke har overskredet grænsen for fri abort. Det kan have stor betydning for kvindens oplevelse og efterfølgende komplikationer, hvilken metode der vælges, og i hvor høj grad den passer til hendes præferencer.<sup>204</sup>

Da mifepristone – lægemidlet, der bruges til medicinsk abort – blev godkendt i Danmark, kunne lægemidlet kun udleveres til hospitaler. På baggrund af Civildirektoratets cirkulære om behandling af sager om svangerskabsafbrydelse og fosterreduktion<sup>205</sup> ændrede Lægemiddelstyrelsen udleveringsgruppen, således at enhver speciallæge i gynækologi og obstetrik nu kan ordinere lægemidlet. Derudover kan enhver læge i kraft af sin metodefrihed udskrive fx lægemidlet Cytotec, der normalt anvendes ved mavesår og fødsler, men som også kan igangsætte en medicinsk abort. Lægen kan derfor afgøre, om indgrebet skal foretages kirurgisk eller medicinsk, ud fra en lægefaglig vurdering. Hvis kvinden ønsker sit svangerskab afbrudt med en bestemt metode, skal lægen tillægge hendes ønsker vægt, men i sidste ende er det lægen, der fastsætter, hvilken metode der skal anvendes til at opfylde hendes retskrav på svangerskabsafbrydelse, idet hendes informerede samtykke selvfølgelig skal foreligge.<sup>206</sup> Samtykkekravet har derfor også en betydning for, hvilken metode der kan benyttes. Hvis der ikke er nogen medicinsk begrundelse for at vælge den ene metode frem for den anden, kan kvinden derfor selv vælge, hvilken metode hun ønsker brugt.

<sup>203</sup> Se nærmere Abortankenævnets årsberetning 2006, p. 29.

<sup>204</sup> Se mere herom i Christina Rørbye: Medical versus surgical termination of pregnancy in first trimester, ph.d. afhandling, Københavns Universitet, 2004.

<sup>205</sup> Dagældende cirkulære nr. 56 af 16. juni 2004, hvorefter abort inden udgangen af 12. svangerskabsuge kan udføres på offentlige og private hospitaler eller klinikker, jf. § 1, stk. 1, 2. pkt.

<sup>206</sup> Se også kapitel 6, afsnit 3.3.

#### 5.4. Sundhedspersoners etiske forbehold ved abortbehandling<sup>207</sup>

Det etiske forbehold dækker over personers ret til at vægre sig ved at udføre bestemte handlinger eller levere bestemte ydelser på grund af etiske eller religiøse overbevisninger. Det betyder, at en professions værdiopfattelser tillægges retlig vægt, således at de af samvittighedsgrunde kan fritages for at udøve bestemte dele af deres hverv, uden at det får ansættelsesretlige konsekvenser.

På det sundhedsretlige område er der flere eksempler på etiske forbehold i lovgivningen: I forbindelse med abort, fosterreduktion og behandling uden brug af blodprodukter<sup>208</sup> har visse sundhedspersoner mulighed for at påberåbe sig et etisk forbehold. De retlige rammer giver således plads til, at den enkelte sundhedspersons værdiopfattelser kan få en betydning for kategoriseringen af fosteret som et potentielt menneske.

Det var først i lov nr. 177 af 23/06/1956<sup>209</sup> om foranstaltninger i anledning af svangerskab og i den senere lov nr. 120 af 24/03/1970<sup>210</sup> om svangerskabsafbrydelse m.v., at der var bestemmelser om, at den abortsøgende kvinde skulle indlægges på et andet sygehus, hvis overlægen på det sygehus, hvorunder kvinden tilhørte, *nægtede* at foretage indgrebet. Det etiske forbehold i sin første udformning kom ind i loven, på samme tid som den sociale indikation (om kvindens egenskaber eller forhold) fandt fodfæste i loven som grundlag for en abort.

Den 30. november 1972 fremsatte justitsministeren forslag om en ny abortlov, der gav kvinder ret til at få et svangerskab afbrudt inden udløbet af 12. svangerskabsuge<sup>211</sup> (fri abort). Lovforslaget fastholdt oprindeligt den ældre bestemmelse om, at overlægen kunne nægte at foretage indgrebet, og fremhævede i bemærkningerne til § 10, at den amtskommune, hvor kvinden boede, ifølge lov nr. 237 af 4. juni 1969 om sygehusvæsenet, § 1, havde en pligt til at sørge for, at dens sygehusvæsen kunne foretage sådanne indgreb. At kvinder nu fik et retskrav på fri abort, gjorde det således nødvendigt at afbalancere det etiske forbehold over for den pligt, der påhvilede sygehusvæsenet. Herved har kvinders retskrav på fri abort forrang for retten til etisk

---

<sup>207</sup> For en mere uddybende diskussion af det etiske forbehold henvises til min artikel *Det etiske forbehold* i UfR 2005B.385-393 og *Etisk forbehold ved abort – hvor langt rækker retten?* i Ugeskrift for Læger 169/51, 2007, p. 4488-4489.

<sup>208</sup> Jf. sundhedslovens §§ 102 og 24, stk. 3.

<sup>209</sup> Folketingstidende 1955-56, tillæg A, spalte 121-128 og Folketingstidende 1954-55, tillæg A, spalte 1151-1168.

<sup>210</sup> Folketingstidende 1969-70, tillæg A, spalte 1085-1118

<sup>211</sup> Folketingstidende 1972-73, tillæg A, spalte 2387-2402.

vægring i den forstand, at det påhviler sygehusvæsenet at have ansat et så tilstrækkeligt antal sundhedspersoner uden etisk forbehold, at dette retskrav kan opfyldes.

Under behandlingen af lovforslaget beskæftigede Retsudvalget sig med, om en overlæge kunne nægte at foretage svangerskabsafbrydelse, ligesom det blev drøftet, om sygeplejersker og sygeplejeelever af etiske eller religiøse grunde kunne nægte at medvirke til en svangerskabsafbrydelse. Der blev både stillet ændringsforslag om at udvide forbeholdet til at gælde for den nævnte gruppe og ændringsforslag om at fratage overlægen retten til at nægte. Der var flertal for førstnævnte ændringsforslag,<sup>212</sup> og ved vedtagelsen af 1973-loven<sup>213</sup> fik begge grupper således en fritagelsesmulighed.

Det var først i lov nr. 350 af 24/05/1989 om ændring af lov om svangerskabsafbrydelse, at det etiske forbehold blev udvidet til også at omfatte læger generelt, jordemødre og sygehjælpere samt personer, der var under uddannelse til de nævnte erhverv. Lovforslaget forudsætter, at arbejdet på sygehusafdelingerne bør kunne tilrettelægges på en sådan måde, at der sker fritagelse, samtidig med at borgerne kan få den ydelse, de har retmæssigt krav på.

I Retsudvalgets betænkning over forslag til lov om en ændring af lov om svangerskabsafbrydelse afgivet den 11. maj 1989<sup>214</sup> indstillede et flertal (bestående af S, SF, CD og Q), at lovforslaget blev vedtaget uændret, idet flertallets medlemmer fandt, at loven sikrede en logisk retlig ligestilling mellem de forskellige personalegrupper på sygehusene. Flertallet (undtagen Q) lagde desuden vægt på, at lovforslaget ikke anfægtede kvinders ret til fri abort. Mindretallet (bestående af K, V, Z og B) fandt ikke, at et lovindgreb var nødvendigt, idet fritagelse bedst kunne løses administrativt. Mindretallet ønskede at præcisere, at såfremt en læge ikke ønskede at drøfte tilgængelige muligheder med hensyn til abort med patienten, var han forpligtet til at sørge for, at kvinden fik den fornødne vejledning af en anden læge. Mindretallet tilkendegav desuden, at læger, der ikke ønskede at medvirke til abort, ikke kunne ansættes i stillinger, hvor de i perioder kunne være den eneste læge på stedet (fx på Grønland og Bornholm), idet kvindens juridiske ret til abort derved ikke ville kunne opretholdes. At kvinders retskrav på abort

<sup>212</sup> Betænkning over forslag til lov om svangerskabsafbrydelse afgivet af retsudvalget den 15. maj 1973, Folketingstidende 1972-73, tillæg B, spalte 1721-1788.

<sup>213</sup> Lov nr. 350 af 13. juni 1973 om svangerskabsafbrydelse m.v., Folketingstidende 1972-73, tillæg C, spalte 1427-1431.

<sup>214</sup> Folketingstidende 1988-89, tillæg B, spalte 1701-1704.

måtte sikres, var som nævnt ovenfor allerede et aspekt, der blev fremhævet forud for vedtagelsen af 1973-loven.

Det etiske forbehold er siden blevet udvidet til også at omfatte faggruppen social- og sundhedsassistenter, ligesom forbeholdet blev udvidet til også at gælde ved fosterreduktion. Dette skete ved lov nr. 435 af 10/06/2003 om ændring af lov om svangerskabsafbrydelse og lov om sterilisation og kastration. Det fremgår af bemærkningerne, at det *"præciseres ..., at fritagelsen for at medvirke til svangerskabsafbrydelse eller fosterreduktion også gælder for social- og sundhedsassistenter"*.<sup>215</sup>

Denne udvidelse af det etiske forbehold i relation til faggrupper var en del af en større lovændring vedrørende fosterreduktion og blev ikke gjort til genstand for særlig opmærksomhed i forarbejderne. Det fremgår således,<sup>216</sup> at Kvinderådet i sit høringssvar fandt, at det etiske forbehold også burde gælde social- og sundhedsassistenter (med henblik på en ligestilling af faggrupperne), og Justitsministeriet ændrede i overensstemmelse hermed bestemmelsen *"således at det klart fremgår... at også social- og sundhedsassistenter... skal kunne fritages herfor"*.<sup>217</sup>

Bestemmelsen fremstår således nærmere som en præcisering end som en egentlig ændring. Denne opfattelse er næppe korrekt. Det etiske forbehold må antages at være udtømmende i sin personelle afgrænsning, da bestemmelsen har karakter af en undtagelse fra pligten til at udføre opgaver, der efter øvrig lovgivning påhviler professionen, eller som det påhviler lønmodtageren at udføre efter de almindelige arbejdsretlige regler om arbejdsgiverens ledelsesret og instruktionsbeføjelse.

Efter ordlyden dækker det etiske forbehold *"at foretage eller medvirke til svangerskabsafbrydelse"*. Selve indgrebet er kerneydelsen og omfatter både det kirurgiske og medicinske indgreb, hvorved den provokerede abort gennemføres, og gælder såvel lægen som den sundhedsperson, der assisterer ved indgrebet. Omfattet er ligeledes jordemoderen, der deltager ved et abortindgreb, der efter udgangen af 12. uge gennemføres som en "fødsel". Indgrebet giver normalt ikke anledning til usikkerhed. Der kan dog opstå tilfælde, hvor fosteret er dødt, men livmoderen ikke har udstødt graviditetsvævet, og en "fødsel" af det døde foster må igangsættes medikamentelt. Denne situation falder efter min opfattelse uden for loven, da der ikke er tale

---

<sup>215</sup> Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til § 1, nr. 15.

<sup>216</sup> Folketingets samling 2002-03, L 184 fremsat 12. marts 2003, bilag 1.

<sup>217</sup> Se Folketinget Samling 2002-03. Bestemmelsen blev ikke behandlet ud over det citerede.

om en *afbrydelse* af et svangerskab, men snarere om en spontan abort, der kræver yderligere behandling. Da der ikke er tale om en svangerskabsafbrydelse, er der ikke mulighed for etisk vægring.

Bestemmelsen om det etiske forbehold er formuleret bredt og skelner ikke mellem de forskellige abortsituationer. Man kan diskutere, om det etiske forbehold dækker alle de typer aborter, der er reguleret i loven. Dette forekommer særlig problematisk i forhold til nogle af de årsager, der kan begrunde en abort efter § 93, fordi dette indgreb i modsætning til den fri abort må betegnes som et terapeutisk behandlingsindgreb. I den historiske udvikling kom det etiske forbehold ind i loven, samtidig med at den sociale indikation fandt fodfæste. Det kunne være et argument for, at forbeholdet kun gælder aborter på den sociale indikation. Hverken ordlyd eller forarbejder forholder sig hertil.

Det etiske forbehold må imidlertid fortolkes i lyset af hjælpepligten i straffelovens § 253, nr. 1.<sup>218</sup> Straffelovens hjælpepligt gælder i tilfælde, hvor livsfaren er øjensynlig, men der er næppe krav om, at faren skal være overhængende.<sup>219</sup> Man opererer således her med et mere kvalificeret farebegreb end i sundhedsloven, mens autorisationslovens hjælpepligt i § 42, stk. 1, ikke nærmere definerer, hvilke fare, der nødvendiggør hurtig lægehjælp.<sup>220</sup>

Sundhedsloven ses ikke at fravige straffelovens hjælpepligt. Der er således en hjælpepligt uafhængig af det etiske forbehold i nogle af de situationer, der er omfattet af sundhedslovens § 93, dvs. hvor livsfaren er øjensynlig, eller faren er af en sådan karakter, at hurtig lægehjælp er af påtrængende nødvendighed, eller der er fare for betydelig legemsskade, og denne udelukkende eller ganske overvejende er lægeligt begrundet. Hjælpepligten dækker således kun en fare i relation til sjæleligt helbred, hvis den sjælelige lidelse er livsfarlig, eksempelvis hvis kvinden er akut selvmordstruet. At lade kvinden

<sup>218</sup> Hjælpepligten i autorisationslovens § 42, stk. 1 havde efter forarbejderne til hensigt at pålægge læger en noget videregående hjælpepligt end straffelovens hjælpepligt. Sidstnævnte synes dog også anvendelig, hvor der utvivlsomt har været fare for betydelig legemsskade, se Vagn Greve, Asbjørn Jensen, Gorm Toftegaard Nielsen: Kommenteret straffelov, Speciel del, 8. omarbejdede udgave, København, 2005, p. 352. Autorisationslovens hjælpepligt mener jeg derfor absorberes af straffeloven.

<sup>219</sup> Se Vagn Greve, Asbjørn Jensen, Gorm Toftegaard Nielsen: Kommenteret straffelov, Speciel del, 8. omarbejdede udgave, København, 2005, p. 352 om UfR 1917.888. Den kommenterede straffelov anfører også, at det nærmere indhold af farebegrebet har været omdiskuteret, idet Krabbe læser "øjensynlig" som et krav om overhængende fare modsat Hurwitz og Waaben.

<sup>220</sup> Loven nævner kvælning, forgiftning og bestemte fødsler som eksempler.



dø, når hun kan reddes ved at give en abort som behandling, forkastes således som løsning. Denne fortolkning understøttes af praksis fra EMK.<sup>221</sup>

Der kan dog være andre tilfælde, hvor faremomentet ikke vil være omfattet af straffelovens § 253. Kan en læge dermed nægte at udføre indgreb, der ikke kan anses for omfattet af hjælpepligten med henvisning til sit etiske forbehold? Autorisationslovens §§ 17 (omhu og samvittighedsfuldhed) og 75 (grovere eller gentagen forsømmelse eller skødesløshed) kan have betydning for svaret på dette spørgsmål.

Af bemærkningerne til § 17<sup>222</sup> fremgår, at det er en naturlig følge af selve lægegerningen at være befolkningens hjælper i sygdomstilfælde. Bestemmelsen har karakter af en retlig standard, hvis indhold må fastlægges på baggrund af den medicinske viden, de tekniske muligheder og de krav samfundet stiller til lægens virksomhed, og som den almindelige samfundsudvikling i øvrigt medfører.<sup>223</sup> Der er ikke en skarp grænse for, hvornår et forhold kan henføres til henholdsvis § 17 eller § 75. Forarbejderne karakteriserer § 17 tilfældene som mindre forseelser, der ikke er egnet til retlig forfølgning ved domstolene<sup>224</sup> og § 75 tilfældene som væsentligt svarende til det ansvar, der kan pålægges efter straffelovens § 157.<sup>225</sup> I UfR 1983.259Ø var en natlæges undladelse af at foretage en omhyggelig objektiv undersøgelse omfattet af § 75,<sup>226</sup> ligesom en udsættelse af hospitalsindlæggelse efter omstændighederne udgjorde en grov forsømmelse i UfR 1981.173Ø. Disse sager taler for, at man godt kan blive straffet, selvom der ikke er en øjensynlig fare, således at en undladelse begrundet i et etisk forbehold, der udsætter nødvendig behandling, kan være omfattet af § 75, særligt når faren i mellemtiden stiger i intensitet til umiddelbar livsfare. I tilfælde, hvor faren ikke er øjensynlig, men dog alligevel udgør en fare i sundhedslovens forstand, kan man således argumentere for, at det etiske forbehold ikke ”kan træde i kraft”, før en anden læge har overtaget ansvaret for patienten. Dette er også rationalet bag sundhedslovens andet etiske forbehold i § 24, stk. 3, hvorefter

---

<sup>221</sup> Jf. Paton v. UK, nærmere omtalt ovenfor.

<sup>222</sup> Se bemærkningerne til den oprindelige bestemmelse i lægeloven i Rigsdagstidende 1931-32, tillæg A, spalte 4021-4022.

<sup>223</sup> Se Michael von Magnus og Anna Murphy: Lægeloven med kommentarer, 4. udgave, København, 2004, til § 6, p. 69-71.

<sup>224</sup> Rigsdagstidende 1931-32, tillæg A, spalte 4036-4037.

<sup>225</sup> Denne bestemmelse angår navnlig tilsidesættelse af pligter og forsømmelse i tjenesten, se hertil Vagn Greve, Asbjørn Jensen, Gorm Toftegaard Nielsen: Kommenteret straffelov, Speciel del, 8. omarbejdede udgave, København, 2005, p. 133-134. Autorisationslovens § 75 er dog bredere end straffelovens bestemmelse, se Michael von Magnus og Anna Murphy: Lægeloven med kommentarer, 4. udgave, København, 2004, til § 18, p. 141-145.

<sup>226</sup> Den daværende bestemmelse fremgik af lægelovens § 18.

en sundhedsperson kan fritages for at udføre en behandling uden brug af blod og blodprodukter, medmindre der foreligger et tilfælde af påtrængende nødvendig lægehjælp. Den læge, der konstaterer faren, men som ikke selv kan yde den nødvendige behandling af samvittighedsgrunde, er altså forpligtet i et vist omfang til at påse, at en anden læge nu har patienten i sin varetægt, hvis faren i mellemtiden kan udvikle sig til en fare, der er omfattet af hjælpepligterne.<sup>227</sup> Denne fortolkning er i overensstemmelse med retten til behandling, der som et moment også kan indebære retten til at modtage sundhedsydelser i rette tid.<sup>228</sup>

Der er mig bekendt ikke eksempler fra praksis om vægring i § 93 tilfælde, der nærmere kan belyse spørgsmålet.

Det kan således ikke med sikkerhed fastslås, hvorvidt alle tilfælde af "*fare for forringelse*" ligger uden for det etiske forbeholds rækkevidde, idet særligt de farer, der i øvrigt vedrører legemligt og sjæleligt helbred, synes omfattet af det etiske forbehold, således at lægen kan vægre sig og henvise kvinden til anden lægehjælp, idet der i nogle tilfælde dog må kræves, at hjælpen modtages i rette tid, inden faren eskalerer. Det må dog erindres, at denne ret til at nægte behandling af åbenbare fysiologiske og biologiske grunde udelukkende rammer kvinder. Dette synes yderligere problematisk i forhold til princippet om ligebehandling af kønnene.

Et etisk forbehold må i en menneskeretlig optik anses for at opfylde en "*objective and reasonable justification*" i forhold til, at en stat i lovgivningen tillader etiske forbehold for sundhedspersoner, når det gælder abort efter anmodning (fri abort), idet der her ikke er tale om et terapeutisk behandlingsindgreb.<sup>229</sup> Det er mere tvivlsomt, hvor kvindens grundlæggende men-

---

<sup>227</sup> De lægeetiske principper understøtter også denne fortolkning, se Declaration of Oslo, Adopted by the 24th World Medical Assembly, Oslo, Norway, August 1970 and amended by the 35th World Medical Assembly, Venice, Italy, October 1983: "2. Circumstances which bring the vital interests of the mother into conflict with the vital interests of her unborn child create a dilemma and raise the question whether or not the pregnancy should be deliberately terminated. 3. Diversity of response to this situation results from the diversity of attitudes towards the life of the unborn child. This is a matter of individual conviction and conscience which must be respected. [...] 6. If the doctor considers that his convictions do not allow him to advise or perform an abortion, he may withdraw while ensuring the continuity of (medical) care by a qualified colleague."

<sup>228</sup> Se også Rebecca J. Cook og Bernard M. Dickens: *Human rights dynamics of abortion law reform* i Human Rights Quarterly, Feb. 2003, Vol. 25, nr. 1, afsnit III, E. Derudover kan straffelovens § 250 også have en betydning i nogle af disse situationer.

<sup>229</sup> EMD har ikke taget stilling til spørgsmålet om sundhedspersoners etiske forbehold ved abort. En enkelt sag har indirekte omhandlet problemstillingen. I en svensk sag protesterede

neskerettigheder, retten til liv og sundhed, potentielt kan være i fare for at blive krænket på grund af et etisk forbehold i § 93 tilfældene.<sup>230</sup>

Det bør i tråd hermed efter min opfattelse fremgå eksplicit af sundhedsloven, at det etiske forbehold ikke gælder abortindgreb efter § 93.<sup>231</sup> Lovgiver har en forpligtelse til at tilvejebringe en menneskeretlig beskyttelse af kvindens ret til liv, sundhed og behandling, der i international ret anerkendes som en grundlæggende rettighed og som en forudsætning for, at kvinden kan nyde gavn af sine øvrige menneskerettigheder. Forpligtelsen må også forstås som en ret til behandling i de tilfælde, hvor faren relaterer sig til legemlig eller sjælelig skade. At en læge kan påberåbe sig et etisk forbehold, når det gælder en fundamental rettighed, synes problematisk, særligt når det gælder læger ansat på offentlige sygehuse, idet sygehusene som en del af den offentlige forvaltning har et særligt ansvar for at fremme disse fundamentale rettigheder.<sup>232</sup> Men også de private sygehuse eller klinikker, der udfører abortindgreb, må have en forpligtelse til at fremme fundamentale rettigheder. Det kan begrundes med, at deres virksomhed i betydeligt omfang er offentligt finansieret gennem sygesikringen, ligesom en uindskrænket ret til autonomi for en profession, der i vid udstrækning er begunstiget af en monopolistisk eneret over et grundlæggende velfærdsgode, ikke er i tråd med, hvordan lægegerningen anskues retligt.<sup>233</sup> Derudover ligger ligestillingsgrundsætningen også i selve lægegerningens natur. Når en nyuddannet læge aflægger lægeløftet, lyder det bl.a.: ”... at jeg stedse vil bære lige samvittighedsfuld omsorg for den fattige som for den rige uden persons anseelse”. At yde samvittighedsfuld omsorg er dog ikke blot en moralsk forpligtelse, men følger også af autorisationslovens § 17. Som nævnt ovenfor følger det af bemærkningerne<sup>234</sup> til denne bestemmelse, der oprindeligt var optaget i den tidligere lægelov, at kravene til lægens gerning også hænger sammen med samfundsudviklingen og samfundets krav til lægegerningen.

---

tre jordemoderstuderende mod, at de som led i deres uddannelse skulle oplægge spiraler. De opfattede dette præventionsmiddel som et abortiv. Sagen kom dog aldrig under behandling, idet de jordemoderstuderende fik lov til at gennemføre deres uddannelse uden at forestå oplægning af spiraler. Se Gerdas, Lindell & Linder v. Sweden, application 12375/86 af 7. oktober 1987.

<sup>230</sup> Spørgsmålet om, hvorvidt retten til abort i § 93 tilfælde også kan udledes af menneskerettighederne, er diskuteret nærmere ovenfor, afsnit 3.1.

<sup>231</sup> En sådan bestemmelse findes i den britiske Abortion Act 1967, section 4 (2) og i den norske abortlov (LOV-1975-06-13 nr. 50), § 10, jf. § 14.

<sup>232</sup> Se Mette Hartlev: *Patients sociale rettigheder* i Ida Elisabeth Koch og Hatla Thelle (red.): *Sociale menneskerettigheder*, København, 2004, p. 163.

<sup>233</sup> Se fx Rigsdagstidende 1931-32, tillæg A, spalte 4021-4022.

<sup>234</sup> Se bemærkningerne til den oprindelige bestemmelse i lægeloven i Rigsdagstidende 1931-32, tillæg A, spalte 4021-4022.

Ligestillingshensynet som en del af lægegerningens natur kan derfor også have en juridisk forankring.

### 5.5. Opsamling

Med bestemmelsen om det etiske forbehold anerkender lovgiver, at de professioner, der som led i udøvelsen af deres hverv bliver konfronteret med etiske dilemmaer, kan kategorisere fosteret som et potentielt menneske eller som et etisk subjekt med høj etisk status. I forlængelse heraf kan de fritages for at udføre eller medvirke til abort. Sundhedspersonerne udgør således også en interessant i abortspørgsmålet med egne relevante beskyttelseshensyn. Som det fremgår, mener jeg dog, at lovens mulighed for etisk forbehold i forbindelse med abort skal fortolkes indskrænkende, idet de beskyttelseshensyn, der knytter sig til den gravide kvindes ret til sundhed og ret til behandling, er mere grundlæggende og fundamentale i deres karakter, når der er tale om et indgreb, der er medicinsk begrundet. Dette er også i overensstemmelse med den afvejning, der i øvrigt kan udledes af abortreguleringen, hvor kategoriseringen af fosteret er kontekstafhængig, og hvor behandlingskonteksten i særlig grad har betydning for fosterets status.

## 6. Straffebestemmelser

Straffebestemmelserne, der knytter sig til de svangerskabsafbrydelser, der sker uden for lovens rammer, er også en faktor, der nærmere kan afdække kategoriseringen af fosteret. Her sætter samfundet sin magt bag retten for at gennemtvinge et bestemt syn på foster, kvinde og svangerskabsafbrydelse.

Straffebestemmelsernes nuværende *udformning* stammer grundlæggende fra 1970-loven og overvejelserne i betænkningen om adgang til svangerskabsafbrydelse fra 1969.<sup>235</sup> Da man i 1973 indførte den frie abort, ændrede man hovedsageligt kun straffebestemmelserne redaktionelt, så de passede til de nye bestemmelser, idet alle de strafbare forhold, der fortsat fandtes at være praktisk relevante med de nye bestemmelser, blev videreført. Det var således fortsat strafbart for læger, ikke-læger og medhjælpere at afbryde et svangerskab uden at lovens betingelser var opfyldt, og med en videreførelse af de hidtil gældende strafferammer.<sup>236</sup> Det er således fortsat de overvejel-

<sup>235</sup> Se bemærkningerne i Folketingstidende 1969-70, tillæg A, spalte 1098, der om straffebestemmelserne henviser til betænkning nr. 522/1969 om adgang til svangerskabsafbrydelse, p. 117-119 (jf. p. 103-106). At ulovlig svangerskabsafbrydelse er behæftet med straf, har dog en lang retlig historie bag sig, som jeg vil vende tilbage til nedenfor.

<sup>236</sup> Se Folketingstidende 1972-1973, tillæg A, spalte 2387-2414 (særligt 2391-2392 og 2400).

## *Kapitel 4*

ser, der ligger til grund for 1970-loven, der må antages at være formålet med straffebestemmelserne.

I det følgende vil straffebestemmelserne først blive kort præsenteret, og dernæst følger en nærmere afklaring af straffebestemmelsernes formål og begrundelse.

Hvis et abortindgreb foretages forsætligt, uden at lovens betingelser er opfyldt, kan den der foretager eller bistår ved indgrebet, straffes efter sundhedslovens § 269.

Bestemmelsen skelner mellem læger og ikke-læger; sidstnævnte og evt. medhjælpere straffes med fængsel indtil 4 år, medmindre højere straf er forskyldt efter straffeloven. Strafferammen er således væsentligt højere for ikke-læger end for læger.

En læge, der afbryder et svangerskab, uden at lovens betingelser er opfyldt, straffes som udgangspunkt med bøde, hvis indgrebet er foretaget, uden at den lovpligtige vejledning om indgrebets beskaffenhed er givet, eller er foretaget, uden at §§ 98 eller 99 er opfyldt, det vil sige, at kvinden selv skal anmode om indgrebet, eller hvis hun er inhabil skal samrådet give tilladelse til indgrebet efter anmodning fra en særligt udpeget værge, eller hvis hun er mindreårig skal forældremyndighedens indehaver skal have samtykket til et indgreb på en mindreårig ung kvinde, idet manglende indhentelse af dette samtykke kun kan tillades af samrådet.

En læge der afbryder et svangerskab uden at indgrebet kan henføres til én af lovens muligheder for abort (fri abort indtil 12. uge, fare for kvindens liv eller helbred, eller tilladelse på baggrund af lovens indikationer), straffes som udgangspunkt med fængsel indtil 2 år. Bestemmelsen finder tilsvarende anvendelse for den, der bistår lægen ved et sådant indgreb.

Den gravide kvinde kan ikke ifalde strafansvar, hverken ved selv at foretage et abortindgreb eller ved at lade andre gøre det.

Det fremgår som nævnt tidligere, at straffebestemmelsernes udformning skal spores tilbage til betænkningen om adgang til svangerskabsafbrydelse fra 1969, uanset at denne udtrykkeligt bygger på, at kvindens eget ønske som udgangspunkt ikke bør være tilstrækkelig indikation for abort. Hovedformålet med straffebestemmelserne, som udtrykt i betænkningen er, at svangerskabsafbrydelse er en uheldig form for fødselsbegrænsning, og straffebestemmelserne skal derfor på en hensigtsmæssig måde fremme det øn-

skede formål, som er at undgå svangerskabsafbrydelse uden for lovens rammer.<sup>237</sup>

At straffebestemmelserne skulle være hensigtsmæssige til at fremme formålet er begrundelsen for, at man afskaffede strafansvaret for den kvinde, der afbryder sit svangerskab eller lader det afbryde af andre. Straffebestemmelsen havde ikke været håndhævet, og af forskellige årsager mente man ikke, at truslen om straf kunne bidrage synderligt til at begrænse antallet af aborter.<sup>238</sup>

Forarbejderne til 1970-loven beskæftiger sig ikke derudover nærmere med straffebestemmelserne for læger og kvaksalvere, idet disse straffebestemmelser allerede fandtes i de ældre love om svangerskabsafbrydelse. I forbindelse med 1956-loven henviste man i forarbejderne til den forudgående betænkning.<sup>239</sup> I denne præciseres enkelte af lægens forpligtelser, bl.a. til at påse, at lovens betingelser er opfyldt, mens den nærmere baggrund for strafansvaret ikke begrundes i øvrigt. Forklaringen skal formentlig søges i, at abort historisk set længe har været behæftet med straf.

Mens svangerskabsafbrydelse var straffrit i den ældre romerret, idet fosteret blev betragtet som en del af kvindens krop,<sup>240</sup> så ændrede dette udgangspunkt sig som følge af indflydelsen fra kirken og den kanoniske ret. Fosterlivet blev et selvstændigt beskyttet retsgode på baggrund af den kirkelige opfattelse af fosteret som ”et levende væsen med en udødelig sjæl”.<sup>241</sup>

Der lovgives første gang om abort i Danske Lov fra 1683:

*”Letfærdige Qvindfolk, som deris Foster ombringe, skulle miste deris Hals, og deris Hoved settis paa een Stage.”*<sup>242</sup>

<sup>237</sup> Betænkning nr. 522/1969 om adgang til svangerskabsafbrydelse, p. 103-106.

<sup>238</sup> Spørgsmålet om strafansvar for kvinden mistede efterfølgende yderligere betydning, da den fri abort blev indført i 1973, og straffrihed for kvinden må i øvrigt anses for at følge af international ret: Som nævnt ovenfor afsnit 3.1.1 anskues straffebestemmelser, der kriminaliserer sundhedsydelser, som kun kvinder har brug for, efter Kvindekonventionen som en hindring for kvinders ret til sundhed.

<sup>239</sup> Folketingstidende 1954-55, tillæg A, spalte 1163-64 og betænkning 96/1954 angående ændring af svangerskabslovgivning m.v. kapitel IX.

<sup>240</sup> Se også kapitel 3.

<sup>241</sup> Se betænkning afgivet af den af Justitsministeriet d. 7. november 1932 nedsatte kommission angående lovligheden af svangerskabsafbrydelse m.v., 1936, p. 29.

<sup>242</sup> DL 6-6-7

## Kapitel 4

Bestemmelserne i Danske Lov var en kodificering af den praksis, der havde udviklet sig i den indtil da spredte lovgivning.<sup>243</sup>

Ved forordning om jordemødre af 30.11.1714 blev det endvidere forbudt at indgive abortfremkaldende medikamenter. Sanktionen var at miste bestilling, ære, gods eller liv.

Før straffeloven af 1866 var fosterfordrivelse omfattet af bestemmelsen om barnedrab og belagt med dødsstraf. På baggrund af en benådningspraksis<sup>244</sup> frem til straffeloven af 1866 blev fosterfordrivelse nu et selvstændigt straf-feretligt delikt med en mildere straf end tidligere, § 193: *"et frugtsommeligt Fruentimmer, der forsætligt fordriver sit Foster eller dræber det i Moders Liv, anses med Strafarbejde indtil 8 Aar. Samme straf er anvendelig på den, som med Moderens Samtykke i sådan Hensigt anvender Midler på hende med den anførte Virkning. Sker det uden hendes vidende eller Vilje, anses Gerningsmanden med Strafarbejde fra 4 indtil 16 Aar og under særdeles skærpende Omstændigheder paa livstid."*

I 1923 forelå straffelovskommissionens betænkning,<sup>245</sup> og i 1930 blev en ny straffelov vedtaget. Loven, der trådte i kraft 1. januar 1933, fastholdt, at fosterdrab var strafbart, idet strafferammen dog blev nedsat:

*§ 242, stk. 1: "En Kvinde, som dræber sit Foster, straffes for Fosterdrab med Hæfte eller Fængsel indtil 2 Aar. Under særlig formildende Omstændigheder kan Straffen bortfalde. Påtale kan ikke finde sted, når der er forløbet 2 Aar efter at forbrydelsen er begået. Forsøg med utjenlige Midler straffes ikke."*

Efter såvel 1866 som 1930-loven var abort straffrit efter den generelle nødretsregel, hvis indgrebet var nødvendigt på grund af fare for kvindens liv. I 1930-loven omfattede nødretsreglen også tilfælde, hvor der var fare for kvindens helbred.

Inden 1930-loven var trådt i kraft, rettede Retslægerådet i 1932 henvendelse til justitsministeren, idet rådet mente, at der herskede en uensartet praksis

---

<sup>243</sup> Etisk Råd: Arbejdsrapport om sene, provokerede aborter, København, 1997, p. 11. Se også Beth Grothe Nielsen: Letfærdige Qvindfolk – fosterdrab og fødsel i dølgsmål i retshistorisk belysning, Kriminalistisk Institut, Københavns Universitet, 1980, hæfte 1-3.

<sup>244</sup> Beth Grothe Nielsen: *Fra fosterdrab til fri abort* i Else Marie Kjerkegaard, Ingelise Koefoed, Birgit Petersson (red.): *Livet begynder ved befrugtningen – om nødvendigheden af fri abort*, København, 1989, p.11ff.

<sup>245</sup> Betænkning afgivet af Straffelovskommissionen af 9. november 1917.

blandt læger med hensyn til fortolkning af nødretsreglen, ligesom der syntes at herske stor uoverensstemmelse mellem lovens krav om straf for aborter og ”at der i store Dele af Befolkningen hersker den Opfattelse, som i stadig højere Grad vinder Raaderum, at Fosterfordrivelse i meget vidt Omfang bør være straffri, en Opfattelse, som Gang paa Gang synes at have faaet Udtryk i Nævningeretternes Afgørelser.”<sup>246 247</sup>

Antallet af illegale aborter i perioden fra 1928 til 1932 blev anslået til et sted mellem 5000 og 10000, hvor der kun blev rejst undersøgelse mod 82 kvinder og kun dømt 5.<sup>248</sup> Dødeligheden lå på ca. 20 kvinder årligt, hvor årsagen var komplikationer.<sup>249</sup>

Herefter blev der i 1932 nedsat en svangerskabskommission. Udgangspunktet var stadig, at svangerskabsafbrydelse var ulovligt og strafbart. De reformforslag, der undertiden blev bragt frem – særligt efter at Rusland i 1920 havde indført straffrihed for kvinder ved svangerskabsafbrydelse – blev af færdiget af kommissionen: ”Det er sikkert Indtrykkene fra Rusland, der ligger bag ved den Anskuelse, at fuldstændig Licens paa dette Omraade skulde være den eneste, virksomme Udvej af de Vanskeligheder, som den bestaaende Ordning medfører. De Argumenter, der til Støtte herfor anføres, er først og fremmest Fremførelse af visse, ofte hørte Slagord; saaledes at det er en Menneskerettighed for Kvinden at kunne raade frit over sit eget Legeme, af hvilket Fostret indtil Fødslen kun er en Del, som Kvinden, hvis det passer hende, maa have ret til at fjerne ligesom Negle og Haar eller Misdannelser som vorter og andre Udvækster”. Sammen med dette argument baseret på kvindens ret til autonomi forkastede kommissionen ligeledes argumentet om, at kun velkomne børn bør bringes til verden samt argumentet om fri abort som løsning på kvaksalverproblemet<sup>250</sup>; ”Hele denne Betragtningssmaade kan ... ikke anerkendes: den løser ikke Vanskelighederne, men søger snarere at kaste et Slør over dem, under hvilket de uhindret og uset

<sup>246</sup> Betænkning afgivet af den af Justitsministeriet d. 7. november 1932 nedsatte Kommission angaaende Lovligheden af Svangerskabsafbrydelse m.v., 1936, p. 5.

<sup>247</sup> Se eksempelvis overretssagfører Wreschner: *Angrebene på Nævningeinstitutionen* i UfR 1931B.169, der omtaler en sådan frifindelsessag, Svangerskabskommissionens betænkning, 1936, p. 152-153 og Lau Sander Esbensen: *Thi Livet er stærkere end Loven*, ph.d. afhandling, Københavns Universitet, 2003, p. 80. De mest opsigtsvækkende sager var formentlig de senere Dr. Leunbach sager, Østre Landsrets dom af 9. maj 1935 i Nævningesag nr. 3/1935 (frifindelse) og Østre Landsrets dom af 7. december 1936 i Nævningesag nr. 19/1936 (flere personer blev dømt for fosterdrab eller meddelagtighed).

<sup>248</sup> Svangerskabskommissionens betænkning, 1936, p. 152-153.

<sup>249</sup> Etisk Råd: Arbejdsrapport om sene, provokerede aborter, København, 1997, p. 11.

<sup>250</sup> Betænkning afgivet af den af Justitsministeriet d. 7. november 1932 nedsatte Kommission angaaende Lovligheden af Svangerskabsafbrydelse m.v., 1936, p. 40.



*vokser og formerer sig*". Kvindens ret til kropslig autonomi kunne kun udstrækkes til det omfang, der var foreneligt med samfundets tarv. Denne indskrænkning af kropslig autonomi sammenlignede man med, at drab og vold heller ikke var straffrit, idet et samtykke hertil højst kunne medføre en straffnedsættelse. Man anerkendte, at fosterets status var sekundær i forhold til moderens liv eller helbred, men fremhævede, at dette var en retsorden, man kunne betvivle ud fra et biologisk standpunkt, idet det kunne hævdes, "*om det egentlig stemmer med Naturens Orden at gøre Fosterlivet til det subsidiære i Forhold til Moderens Liv og Helbred, eller om Forholdet er saaledes, at Moderen efter Æggets Befrugtning og under dets videre Udvikling kun fungerer som et beskyttende Hylster om Fosteret indtil dets Modning*".<sup>251</sup> En fortsat kriminalisering af svangerskabsafbrydelse var ønskelig, dels anså man den skam, ydmygelse og offentlig medieomtale, som politundersøgelse, strafforfølgning og straf indeholder, som værende af stor præventiv betydning, dels mente man, at en afkriminalisering var en glidebane mod seksuel promiskuitet og slappelse af de etiske pligtbegreber på dette område. Man frygtede, at små og overvindelige ulemper ville begrunde en abort, og at fædrene ville presse kvinder til abort. Dertil kom frygten for en stigning i antallet af aborter, sådan som det havde været tilfældet i Rusland efter indførelsen af den fri abort.<sup>252</sup>

At straffebestemmelserne begrundes i, at lovgiver anser svangerskabsafbrydelse for at være en uheldig form for fødselsbegrænsning, og at straffebestemmelserne derfor på en hensigtsmæssig måde skal fremme det ønskede formål, som er at undgå svangerskabsafbrydelse uden for lovens rammer, kan virke overraskende. Således fremhæves hensynet til kvindens liv og helbred fx ikke som begrundelse for, at abortindgreb foretaget af kvaksalvere er strafbart. Samfundets syn på abort som problematisk og fosteret som en værdi, der skal værnes, kommer således meget klart til udtryk i straffebestemmelserne, uanset at lovens udgangspunkt gennem sin historiske udvikling har flyttet sig fra en kriminalisering til en betoning af kvindens autonomi. Straffebestemmelserne er således i særlig grad medvirkende til at kategorisere fosteret som et potentielt menneske.

---

<sup>251</sup> Betænkning afgivet af den af Justitsministeriet d. 7. november 1932 nedsatte Kommission angaaende Lovligheden af Svangerskabsafbrydelse m.v., 1936, p. 42.

<sup>252</sup> Betænkning afgivet af den af Justitsministeriet d. 7. november 1932 nedsatte Kommission angaaende Lovligheden af Svangerskabsafbrydelse m.v., 1936, p. 41-42.

## 7. Samråd, ankenævn og sagsbehandling

### 7.1. Sammensætning af samråd og ankenævn

Der er i hver region nedsat et abortsamråd, der består af en medarbejder med juridisk eller social uddannelse og to læger, hvoraf den ene skal være speciallæge i gynækologi og så vidt muligt ansat ved et af regionens sygehuse, mens den anden skal være speciallæge i psykiatri eller have særlig socialmedicinsk indsigt. Samrådenes afgørelser kan indbringes for Abortankenævnet. Formanden for ankenævnet skal være dommer, og nævnet består derudover af to læger, den ene skal være speciallæge i gynækologi og den anden speciallæge i psykiatri eller have særlig socialmedicinsk indsigt. Medlemmerne af såvel samråd som ankenævn beskikkes af indenrigs- og sundhedsministeren.<sup>253</sup>

Ankenævnet er, udover at være ankeinstans, også tilsynsførende med samrådenes virksomhed. Tilsynet skal navnlig sikre, at samrådene så vidt muligt følger en ensartet praksis. Som led i tilsynet kan ankenævnet afholde møder med samrådene, ligesom afgørelser af almindelig interesse bliver meddelt samtlige samråd.<sup>254</sup>

Sammensætningen i samråd og ankenævn afspejler, at der er overladt en betydelig rolle til lægevidenskaben i fortolkningen og udfyldelsen af abortbestemmelserne. Det hænger formentlig sammen med, at der, som nævnt ovenfor, fx i forbindelse med den eugeniske indikation, er givet meget få anvisninger fra lovgivers side i relation til, hvordan man skal opfatte fare- og alvorlighedsbegrebet. Man kan dog stille spørgsmålstejn ved, om speciallæger i gynækologi og psykiatri er de mest egnede til at vurdere dette spørgsmål. Disse lægefaglige specialer må i deres natur være særligt egnede til at vurdere risikoen ved indgrebet for kvinden og forhold omkring den medicinske og i nogen grad den sociale indikation. I relation til den eugeniske indikation forekommer det dog lige så relevant, at læger med en særlig genetisk indsigt eller erfaring med behandling af handicap og lidelser er repræsenteret. Det er heller ikke ganske givet, at en jurist og to læger er den mest optimale sammensætning i forhold til at vurdere forhold, der kan henføres til en rent social indikation eller en ung piges forhold og relation til sine forældre. I forhold til unge piger, der ikke er fyldt 18 år, er der som tidligere nævnt en forpligtelse efter Børnekonventionens artikel 3.1 til at sætte

<sup>253</sup> Sundhedslovens § 97. Det må i øvrigt antages, at læger der påberåber sig et etisk forbehold, ikke kan udpeges. Dette er tilfældet i norsk ret, jf. lov av 13. juni 1975 nr 50 om svangerskabsavbrudd med forskrift, forskriftens § 12.

<sup>254</sup> Cirkulære nr. 23 af 03/04/2006 om behandling af sager om svangerskabsafbrydelse og fosterreduktion, §§ 16 og 17.

hensynet til den unge pige i forgrunden. Børnekomitéen og CEDAW-komitéen har også i deres udtalelser<sup>255</sup> haft særligt blik for, at unge pigers graviditet udgør en særlig belastning, fx i forhold til deres fremtidige muligheder, afbrydelse af uddannelse og lignende. Man kan derfor stille spørgsmålstegn ved om sammensætningen af samrådene og ankenævnet i tilstrækkelig grad kan have blik for, at den unge pige også selv må betragtes som et barn. Til sammenligning tilgodeses børn og unge, der har behov for særlig støtte efter serviceloven, ved at man inddrager en langt bredere faggruppe med børnesagkyndig ekspertise, jf. servicelovens §§ 49 og 50.

Sammensætningen af samråd og ankenævn synes således implicit at lægge en særlig vægt på hensynet til kvinden, hvor der er ekspertise til at foretage en gynækologisk vurdering af indgrebets beskaffenhed i forhold til kvindens helbred og til at foretage en psykiatrisk eller socialmedicinsk vurdering af kvinden og hendes forhold. Den lægefaglige og biologiske ramme, som abortreguleringen bygger på, afspejles således også i denne kontekst.

At der er krav om et psykiatrisk medlem, kan i sig selv give konnotationer til, at et abortønske dermed altid bliver set i et psykiatrisk perspektiv; det vil sige som en *afvigende* tilstand eller handling, der betragtes som en sygdom. Spørgsmålet i dagens abortsager er dog i stigende grad ikke så meget et spørgsmål om, hvorvidt kvinden er ”afvigende”, men om fosteret kan betragtes som ”afvigende”, og abort derfor kan tillades på den eugeniske indikation eller på den sociale indikation, fordi ”afvigelsen” er så betydelig, at parret/familien vil blive belastet i urimeligt omfang. Man kan således argumentere for, at den faglige sammensætning ikke længere er tidssvarende.

### 7.2. Kompetence

I *Tysiac v. Poland* kunne kvinden ikke få en prøvelse af lægens afslag. EMD fandt, at staten havde krænket sine positive forpligtelser til at sikre kvindens privatliv efter EMRK art. 8, idet privatliv også omfattede den fysiske integritet. Ved ikke at sikre hende effektive retsmidler til at få leveret den sundhedsydelse, som hun havde krav på efter den nationale lovgivning, havde man altså ikke respekteret hendes ret til privatliv i det omfang, staten er forpligtet til efter konventionen.

Sundhedslovens § 97, der beskriver samrådenes kompetenceområde, er formuleret på en måde, der synes at gøre udtømmende op med, hvilke af lovens indgreb samrådet kan afgøre sager om. Denne hjemmelsbestemmelse tager således ikke højde for, at der kan være uenighed mellem kvinden og

---

<sup>255</sup> Dette er fx tilfældet i mange af CEDAW-komitéens landerapporter, hvor komitéen ofte er kritisk over for en høj frekvens af teenage-graviditeter.

lægen, både i § 92- og § 93-situationer om, hvorvidt hun opfylder betingelserne for indgrebet. Denne sontring er formentlig historisk begrundet. Da man indførte samrådsinstitutionen i 1956-loven,<sup>256</sup> var antallet af legale aborter siden den første abortlov fra 1937 steget betydeligt. Det gjorde det naturligt at overveje, hvilke instanser der burde afgøre spørgsmålet om svangerskabsafbrydelse, idet lægerne havde fulgt en uensartet praksis og ikke havde mulighed for at få bistand af en central myndighed til udøvelse af skønnet. Dette var særligt relevant, når der skulle overvejes momenter, der ikke blot var rent lægelige, fx når kvindens sociale stilling måtte indgå i vurderingen af faren for kvindens helbred.<sup>257</sup> Samrådenes kompetenceområde var således oprindeligt alle sager, *”hvor der ikke foreligger en i sygdom begrundet klar medicinsk indikation”*, men ud over sagkundskab med hensyn til socialt hjælpearbejde var lægelig, herunder psykiatrisk sagkundskab, også repræsenteret.<sup>258</sup> Der har således aldrig været eksplicit fokus på den situation, at kvinden og lægen eller flere læger kunne være indbyrdes uenige i en medicinsk indikation, og at der derfor kunne være behov for at udvide samrådenes kompetenceområde. På den anden side synes det underliggende rationale bag oprettelsen af samrådsinstitutionen i 1956-loven også at være hensynet til at træffe den korrekte afgørelse. Da samrådsinstitutionerne i 1970-loven udtrykkeligt skulle sammensættes af lederen for Mødrehjælpen og to læger, hvoraf den ene skulle være speciallæge i kirurgi eller gynækologi og den anden speciallæge i psykiatri eller have særlig socialmedicinsk indsigt, blev der ikke knyttet særlige bemærkninger til denne eksplicitering af samrådenes personelle sammensætning. Derimod oprettede man for første gang et centralt ankenævn, selvom flertallet af det udvalg, der havde udarbejdet den forudgående betænkning,<sup>259</sup> var imod en indførelse af klageadgang. Denne klageadgang blev begrundet i hensynet til retssikkerheden, herunder navnlig hensynet til en ensartet praksis.<sup>260</sup> Det underliggende hensyn til retssikkerheden, som har præget udviklingen, kunne tale for, at sundhedslovens § 97 må fortolkes som ikke-udtømmende i angivelsen af samrådenes kompetence, selvom den saglige afgrænsning historisk set altid har været begrænset til enkelte typer af abortindgreb.<sup>261</sup>

<sup>256</sup> Se Folketingstidende 1955-56, tillæg A, spalte 1151-1168.

<sup>257</sup> Folketingstidende 1955-56, tillæg A, spalte 1157-1158.

<sup>258</sup> Folketingstidende 1955-56, tillæg A, spalte 1162-1163.

<sup>259</sup> Betænkning nr. 522/1969 om ændring af reglerne om adgang til svangerskabsafbrydelse.

<sup>260</sup> Folketingstidende 1969-70, tillæg A, spalte 1085-1093.

<sup>261</sup> Som tidligere nævnt synes der også at have været eksempler på, at ankenævnet har meddelt tilladelse til abort efter § 93. Bestemmelsen fortolkes således i praksis sådan, at samråd og ankenævn har kompetence til at behandle klager om alle typer abortindgreb.

### 7.3. Sagsbehandling

Det er som nævnt i afsnit 5.2 lægen, der har kompetencen til at indbringe spørgsmålet om abort til samrådet, når grænsen for fri abort er overskredet, og kvinden ønsker abort. Det betyder, at den gynækologiske læge/afdeling samler de relevante oplysninger på et oplysningsark og samler eventuelle udtalelser fra den genetiske afdeling eller egen privatpraktiserende læge og indsender materialet til samrådet på telefax.

Det er vigtigt, at alle journaloplysninger medsendes, herunder også oplysninger om den samtale parret har haft på den genetiske afdeling, da der her kan være fremkommet oplysninger om parrets sociale forhold eller andre oplysninger, der kan være relevante, når samrådet skal vurdere, om en af lovens indikationer er opfyldt. At parrets personlige og sociale forhold kan være underbelyst, således at samrådet ikke finder anledning til at vurdere, om den sociale indikation er opfyldt, hvis der gives afslag efter den eugeniske indikation, er en konsekvens af, at sagen vurderes på baggrund af det udvalgte journalmateriale, og uden at samrådet har en samtale med kvinden eller parret.<sup>262</sup> Ankenævnet har således også som led i sit tilsyn med samrådene præciseret, at samrådene skal sikre sig, at kvinden har modtaget vejledning og få belyst eventuelle relevante forhold, der er fremkommet i forbindelse hermed.<sup>263</sup>

Under behandlingen af sagen i samrådet deltager alle samrådets medlemmer eller stedfortræder.<sup>264</sup> Hvert enkelt medlem har kompetence til at kræve, at

---

<sup>262</sup> Forlanger kvinden en samtale med samrådet, inden der træffes afgørelse, bør et sådant ønske imødekommes. I Tysiac v. Poland fremhævede EMD, at kvinden skal have lejlighed til at blive hørt (*"heard in person"*), hvilket formentlig må forstås som en mulighed for personligt fremmøde, såfremt det er kvindens ønske, se dommens pr. 117. Ønsker ansøgeren foretræde for Abortankenævnet, er dette i praksis blevet imødekommet ved, at ansøgeren får lejlighed til at fremlægge sine synspunkter telefonisk over for ankenævnets formand, se nærmere <[www.sst.dk/Tilsyn/Abortankenaevnet/Aarsberetninger\\_og\\_orientering\\_om\\_ankenaevnets\\_afgoerelser/Procedure\\_for\\_ankenaevnssager.aspx](http://www.sst.dk/Tilsyn/Abortankenaevnet/Aarsberetninger_og_orientering_om_ankenaevnets_afgoerelser/Procedure_for_ankenaevnssager.aspx)> /jun. 2007.

<sup>263</sup> De oplysninger, som skønnes relevante for samrådets afgørelse, skal således tilvejebringes samtidig med, at der også skal tages hensyn til sagens hastende karakter, se cirkulære nr. 23 af 24.06.2005 om behandling af sager om svangerskabsafbrydelse og fosterreduktion, § 2, stk. 1. Samrådene må derfor være særligt opmærksomme på, at indsamlingen af sagens oplysninger er sket i lyset af det underliggende tidsmæssige perspektiv, der er knyttet til det faktum, at der i praksis stilles stigende krav til indikationens styrke, jo længere henne i graviditeten kvinden er, og at sagens oplysninger af denne grund kan være mangelfulde i forhold til at træffe den korrekte afgørelse.

<sup>264</sup> Et medlem er inhabilt, hvis den pågældende i forbindelse med graviditeten eller ansøgning om abort har undersøgt, rådgivet eller behandlet kvinden. Et medlem kan heller ikke deltage i behandlingen af sagen, hvis pågældende er inhabil efter forvaltningslovens kapitel

der indhentes supplerende oplysninger gennem Regionsrådet, inden der træffes afgørelse, og fremkommer der nye oplysninger, efter at der er meddelt afslag, kan samrådet genoptage sagen, uanset om afslaget er meddelt af samrådet selv eller af ankenævnet. Samtidig med denne almindelige forpligtelse til at søge sagen oplyst og træffe den korrekte afgørelse, er der som noget særligt en forpligtelse til at fremskynde sagen mest muligt. I de sager, hvor samrådets tilladelse også skal indhentes inden udløbet af 12. uge, fordi det drejer sig om en mindreårig eller inhabil kvinde, fremhæver cirkulæret, at det bør tilstræbes, at indgrebet kan udføres inden for dette tidspunkt, også selvom et afslag påklages til ankenævnet.<sup>265</sup> Tidsfaktoren betoner således også, som tidligere nævnt, en gradueret og stigende status for fosteret.

Sagerne behandles mundtligt enten på et møde eller telefonisk, og afgørelsen indføres i en særlig protokol. Ved tilladelse skal den eller de indikationer og diagnoser, der ligger til grund for tilladelsen anføres. Det er således kun ved bebyrdende afgørelser (det vil sige afslag eller tilladelse i sager, hvor forældremyndighedens indehaver nægter at samtykke), at begrundelsen for afgørelsen anføres i protokollen. Afgørelsen kan meddeles kvinden mundtligt,<sup>266</sup> idet cirkulæret kun opstiller krav om skriftlighed i de sager, hvor forældremyndighedens indehaver har nægtet at give sit samtykke og i de sager, hvor der gives afslag.

## 8. Opsamling

I dette kapitel har jeg på baggrund af analysen identificeret en række retlige kategorier, som fosteret kan placeres i. For det første kan der sondres mellem *fostre in vivo* og *befrugtede æg in vivo*. Denne kategorisering har betydning for, om fosteret omfattes af abortreguleringen. Dernæst har det afgørende betydning, om fosteret indgår i en behandlingsmæssig kontekst af kvinden, idet fosteret i så fald kan kategoriseres som et *biologisk appendiks* eller i hvert fald noget, der har mindre betydning end kvinden, også selvom fosteret er *levedygtigt*. På samme måde kan et foster kategoriseres som *overtalligt*, hvorved dets videre udvikling kan afbrydes af hensyn til de tilbage-

---

2. Se cirkulære nr. 23 af 24.06.2005 om behandling af sager om svangerskabsafbrydelse og fosterreduktion, § 4, stk. 2.

<sup>265</sup> Cirkulære nr. 23 af 24.06.2005 om behandling af sager om svangerskabsafbrydelse og fosterreduktion, § 7.

<sup>266</sup> Kvinden kan frasige sig at modtage skriftlige henvendelser på sin bopæl. Se cirkulære nr. 23 af 24.06.2005 om behandling af sager om svangerskabsafbrydelse og fosterreduktion, § 9.

værende fostre.<sup>267</sup> Men kvindens hensigt med svangerskabet har også en betydning for kategoriseringen af fosteret. Har hun til hensigt at blive forælder, kan hun således ikke frit få reduceret antallet af fostre, mens hun indtil udgangen af 12. uge frit kan afbryde graviditeten som sådan. Spørgsmålet om fosterets helbredsmæssige eller sociale egnethed har hun derimod ikke selv rådighed over. En kategorisering af fosteret som *sygt* eller *potentielt belastende* kræver således en tilladelse. Er fosteret levedygtigt, opnår det en særlig tung retlig status. De retlige implikationer heraf er, at svangerskabet som udgangspunkt ikke kan afbrydes.

Legitimeringen af at regulere abortspørgsmålet begrundes primært i et sundhedsmæssigt hensyn til kvinden og i en underliggende og ofte udtalt etisk status for fosteret. Men hvad er afgørende for den retlige kategorisering af fosteret i forbindelse med abort – er det noget biologisk, lægefagligt eller normativt?

Allerede i forbindelse med den manglende retlige definition af svangerskabet ses den retlige kategorisering at være knyttet til det lægefaglige. Hvornår der foreligger en graviditet, er altså et empirisk spørgsmål af biologisk og lægevidenskabelig karakter, og den manglende retlige definition stemmer således overens med, at lovgiver som udgangspunkt ikke blander sig i lægers faglige metoder. Men der er også eksempler på det modsatte, dvs. at lovgiver interesserer sig for videnskabelige spørgsmål og gør dem normative ved at optage dem i lovgivningen. Et eksempel på dette er, som tidligere nævnt, reguleringen af dødsriterierne, hvor det normative skulle fungere som et middel til at skabe tryghed og opbakning til det deskriptive. Men man kunne også argumentere for, at lovgiver undertiden har signaleret, om et givet spørgsmål skal opfattes som deskriptivt eller normativt, fx i forbindelse med oprettelsen af Etisk Råd, hvor loven foreskrev, at rådet i sit virke skulle bygge på den forudsætning, at livet begynder ved befrugtningen.<sup>268</sup> I relation til, hvornår livet begynder, og hvornår der er tale om en abort, har abortområdet derimod ikke været genstand for særlig opmærksomhed, og den lægefaglige og biologiske kategorisering er således afgørende for, hvornår fosteret opnår retlig beskyttelse i medfør af abortbestemmelserne.

Sundhedspersonerne er som nævnt også en aktør i abortspørgsmålet med egne beskyttelseshensyn, hvilket eksempelvis betyder, at de kan tage forbehold for at foretage visse abortindgreb. Men sundhedspersonernes rolle i

---

<sup>267</sup> Dette kan forklares efter, hvad man kan kalde en sanctity of life doktrin. Se nærmere kapitel 5 herom.

<sup>268</sup> Lov nr. 353 af 03/06/1987 om oprettelse af et etisk råd og regulering af visse biomedicinske forsøg, § 1, in fine. Se også kapitel 3.

forbindelse med abort relaterer sig ikke udelukkende til at udføre indgrebet. Sundhedspersonerne, her lægerne, har også en afgørende rolle i forbindelse med nyudvikling og udførelse af fosterdiagnostiske undersøgelser. Hvilke tilstande disse undersøgelser skal afdække, er således ikke undergivet nævneværdige retlige rammer, men er et spørgsmål, der i praksis bestemmes af læger og forskere, formentlig bl.a. på baggrund af teknologiske muligheder og efterspørgsel fra de gravide kvinder. I forbindelse med den eugeniske indikation har lægestanden altså både en *initierende* rolle i forhold til de fosterdiagnostiske undersøgelser, der danner baggrund for abortindgrebet, en *udførende* rolle ved selve indgrebet og en *dømmende* rolle i forbindelse med afgørelsen i samråd og ankenævn, hvor de fosterdiagnostiske funds alvorlighed og indgrebets risici (gen)vurderes, men her på en måde, der har betydelige retsvirkninger. Lægernes dømmende rolle genfindes i samtlige af de abortindgreb, der reguleres i sundhedsloven, og kan både bestå i en diagnosticering og vurdering af, om betingelserne for et § 92- eller § 93-indgreb er opfyldt, og i en vurdering af en mere retlig karakter, hvor den lægefaglige vurdering får en mere udfyldende karakter af § 94's retlige rammer. Sundhedspersonerne har således haft en betydelig normerende rolle i abortreguleringens udvikling, hvor indførelsen af levedygtighedskriteriet som en øvre grænse for abort også kan nævnes som et eksempel.

Det lægefaglige var også en vægtig årsag til, at grænsen for den fri abort blev fastlagt ved netop udgangen af 12. svangerskabsuge. Den gradualistiske opfattelse af fosterets etiske status, som abortreguleringen bekender sig til, blev således bygget op på et sundhedsfagligt fundament. På den måde blev den gradualistiske tilgangs manglende evne til i sig selv at pege på, hvad der er afgørende for, hvornår fosterets etiske status stiger, løst ved at inddrage det lægefaglige og deskriptive i en regulering, der (også) hviler på noget normativt. At bemærkningerne eksplicit fremhævede det sundhedsmæssige hensyn til kvinden, og ikke de tre øvrige hensyn, der fremgik af 1969-betænkningen, skyldes formentlig, at man ikke kunne betjene sig af disse hensyn fuldt ud i 1973, da hensynene tre år tidligere netop havde begrundet, at man *ikke* indførte fri abort.

At spørgsmålet om fosterets retlige position også er knyttet til noget normativt, viste sig bl.a. i debatten om, hvorvidt grænsen for fri abort skulle ændres til 18 uger. Selvom der ikke længere var en betydelig lægefaglig/sundhedsmæssig årsag, der kunne begrunde, at indgreb helst skulle udføres inden 12. uge, blev denne grænse fastholdt. Det normatives betydning for fosterets status viser sig også i den menneskeretlige praksis, hvor det betones at spørgsmålet om livets begyndelse og beskyttelse af det ufødte liv er et følsomt emne, som falder under staternes *margin of appreciation*.



Hvis man skal pege på nyere udviklingstræk, der udfordrer den retlige kategorisering som noget, der både er knyttet til noget biologisk, lægefaglig og normativt, så kunne dette være den rettighedsbaserede tilgang, der i stigende omfang får betydning i det landskab, hvor fosterets status må udfolde sig. Dette er både tilfældet i relation til autonomiprincippet, der er blevet cementseret gennem de sidste årtier som en central patientrettighed, og i relation til unionsborgerskabet og rettighederne på det Indre Marked, hvor princippet om fri bevægelighed udfordrer fosterets nationale status. Den nationale lovgiver kan således fortsat knytte fosterets retlige position til både noget biologisk, lægefagligt og normativt, men vil i stigende grad få svært ved at gennemtvinge en bestemt kategorisering af fosteret over for de kvinder, der har ressourcer til at købe ydelser i andre medlemslande. Abortindgrebet er således ikke længere kun en sundhedsydelse, men også en tjenesteydelse. Med fremkomsten af de hensyn og rettigheder, der knytter sig til markedsintegrationen, er der således tilføjet en ny faktor, der kan blive medbestemmende for kategoriseringen af fosteret.

## Kapitel 5

### Retten til liv, sundhed og behandling

*"By ignoring the unique character of the relationship between pregnant woman and fetus, by neglecting the mother's perspective ... the privacy claim obscures ... the special creative role of a woman in pregnancy. Her fetus is not merely "in her" as an intimate object might be, or something alive but alien that has been transplanted into her body. It is "of her and is hers more than anyone's" because it is ... her creation and her responsibility; it is alive because she has made it come alive"*<sup>1</sup>

Ronald Dworkin

#### 1. Præsentation og plan for kapitlet

I dette kapitel vil jeg belyse kategoriseringen af fosteret under svangerskabet i relation til fosterets ret til liv, sundhed og behandling.

Diskussionen om den retlige kategorisering af fosteret har især været knyttet til abortspørgsmålet og dermed et underliggende *konfliktperspektiv* mellem kvinde og foster. Men fosterets ret til liv og til at blive født levende kan også udspille sig i et *harmoniperspektiv*, hvor kvinde og foster ikke har modsatrettede interesser, fordi kvinden ønsker, at fosteret skal blive til et levende født barn. Retten til liv drejer sig således i denne sammenhæng om situationer og problemstillinger, der ikke relaterer sig til abort.

I dette kapitel tager jeg udgangspunkt i en sag fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, *Vo v. France*. Dette er indtil videre den eneste sag i EMD's praksis, der omhandler harmonisituationen. Derefter afdækkes beskyttelsen af det ønskede svangerskab i forskellige relevante menneskeretlige instrumenter. Selvom denne sag om en national lovgivning, der ikke gav mulighed for at straffe "ødelæggelsen" af et foster i strafferetligt regi, er den eneste af sin art, kunne man forestille sig andre harmonisituationer, hvor kvinden og fosteret har en sammenfaldende interesse i fødslen af et sundt barn. Det kunne udmøntes i en deraf følgende interesse i at modtage medi-

---

<sup>1</sup> Ronald Dworkin: *Life's Dominion*, New York, 1993, p. 55.

cinsk behandling, der er virksom over for kvindens sygdom uden samtidig at skade fosteret, eller i at kvinden ikke skal udføre arbejdsopgaver eller arbejde i et arbejdsmiljø, der er skadeligt for fosteret. Et andet eksempel kunne være regler, der tvinger kvinder til at få abort mod hendes vilje, sådan som der har været eksempler på i forbindelse med den kinesiske ét-barnspolitik.<sup>2</sup>

Fosterets ret til livet eller at blive født levende hænger også sammen med, dels i hvilket omfang en sådan ret kan gennemtvinges, og dels i hvor høj grad den gravide kvindes og fosterets ret til sundhed og behandling under svangerskabet er beskyttet. Dette kapitel vil således analysere en række emneområder og situationer, der kan bidrage til at belyse kategoriseringen af fosterets i relation til retten til liv, sundhed og behandling, herunder afdække forholdet mellem kategoriseringen af fosteret og det underliggende perspektiv, der enten kan være harmoni- eller konfliktbaseret.

## 2. Retten til at blive født levende<sup>3</sup>

### 2.1. Indledning

Den menneskeretlige forståelse af retten til livet inkluderer, i hvert fald for fødte mennesker, også retten til at leve og overleve, hvilket bl.a. fremgår af FN's Konvention om Civile og Politiske Rettigheder (CCPR) art. 6 og komitéens fortolkning heraf.<sup>4</sup> I relation til fosteret kunne man karakterisere en sådan ret som en ret til at blive født levende, og retten kan på linje med abortspørgsmålet udspille sig i et konfliktperspektiv med kvinden, hvor eksempelvis kvindens manglende samtykke til kejsersnit betyder, at fosteret ikke overlever. Men fosterets ret til liv og til at blive født levende kan som nævnt også udspille sig i et *harmoniperspektiv*, hvor kvinde og foster ikke har modsatrettede interesser, fordi kvinden ønsker, at fosteret skal blive til et levendefødt barn.

Dette afsnit vil reflektere over fosterets status i menneskeretten fra et harmoniperspektiv for at afdække, om og i hvilket omfang fosteret ydes retsbeskyttelse, når man fjerner spørgsmålet fra abortspørgsmålets konfliktbaserede kontekst. Hvis man sammenholder abortstatistikken med fødselstallet, er det tydeligt, at de fleste graviditeter munder ud i fødslen af et barn, og dermed må formodes at være ønskede. Kategoriseringen af fosteret i et harmo-

---

<sup>2</sup> Se nærmere Statsadvokaten for Særlige Internationale Straffesager, Årsberetning, 2005, p. 17.

<sup>3</sup> Dette afsnit er baseret på min artikel *Kvinden og fosteret i nyere menneskeretlig praksis i Retfærd* nr. 1/116, 2007, p. 69-84.

<sup>4</sup> Se navnlig CCPR General Comment no. 6: The right to life, 30/04/82, punkt 5.

niperspektiv hænger derfor også sammen med, i hvor høj grad menneskerettighederne sikrer kvindens rettigheder ved at beskytte den graviditet og det foster, som hun ønsker skal blive til et barn. I dette afsnit vil jeg således se nærmere på retten til at blive født levende.

## **2.2. En menneskeretlig beskyttelse?**

Som nævnt i kapitel 2 kommer de menneskeretlige normer til udtryk i forskellige menneskeretlige systemer og instrumenter, som udspringer fra forskellige systemer, eksempelvis FN-systemet eller Europarådet. De menneskeretlige normer kan dog også anskues på en måde, hvor det ikke er afgørende, i hvilket system eller instrument en bestemt norm kommer til udtryk. De kan anskues som ligeartede, fordi de argumentativt supplerer indholdet af hinanden. At der er et sådant samspil mellem de menneskeretlige værdier, kan man bl.a. se et eksempel på i sagen *Evans v. UK*,<sup>5</sup> som omtales mere uddybende nedenfor. I forlængelse heraf vil der også i dette kapitel blive inddraget en række instrumenter fra forskellige fora i indkredsningen af de relevante menneskeretlige værdier.

### *2.2.1. EMRK*

I *Vo v. France*<sup>6</sup> fik domstolen for første gang lejlighed til at forholde sig til spørgsmålet om fosterets status i et harmoniperspektiv. Her var spørgsmålet, om det var en overtrædelse af EMRK art. 2, at et foster efter den nationale franske lovgivning ikke kunne anses for at være et offer for uagtsomt drab, og kvinden derfor ikke havde nogen strafferetlige muligheder for at drage lægen til ansvar for ”ødelæggelsen” af hendes foster.<sup>7</sup>

Klageren, der var gravid i 6. måned, skulle undersøges rutinemæssigt på hospitalet. Samme dag skulle en kvinde med samme efternavn have fjernet sin spiral. Da lægen kaldte på ”Madame Vo” i venteværelset, svarede klageren. Efter en kort samtale konstaterede lægen, at hun havde svært ved at forstå fransk, og efter at have kigget i journalen begyndte han at fjerne spiralen uden at undersøge hende først. Herved gik der hul på fosterhinden med tab af fostervand. Lægen blev nu klar over, at der var sket en forveksling, og klageren blev indlagt på hospitalet. Lægen forsøgte nu forgæves at fjerne den rigtige kvindes spiral, men besluttede, at den måtte fjernes den følgende dag under fuld narkose. I forbindelse med denne ope-

---

<sup>5</sup> *Evans v. UK*, application no. 6339/05 af 10. april 2007.

<sup>6</sup> *Vo v. France*, application no. 53924/00 af 8. juli 2004.

<sup>7</sup> Fransk ret er således på linje med fosterets plads i den danske strafferet. I UfR 2006.1089H havde en kvinde ved T's særlig hensynsløse kørsel pådraget sig alvorlig personskaade, herunder mistet sit 26 uger gamle ufødte barn. Der blev rejst tiltale og domfældt for overtrædelse af straffelovens § 249 om uagtsom legemsbeskadigelse af kvindens krop. Derudover blev der rejst erstatningskrav efter EAL § 26, stk. 3 bl.a. for tabet af det ufødte barn, hvilket dog blev afvist. Se nærmere om denne bestemmelse i afsnit 3.2.5 senere i dette kapitel.

## Kapitel 5

ration var det igen fejlagtigt klageren, der blev ført til operationsstuen, idet hun dog undgik den fejlagtige operation, idet hun protesterede og blev genkendt af narkoselægen. Efter en uge blev det konstateret, at det mistede fostervand ikke var blevet gendannet, og graviditeten måtte derfor afbrydes på en medicinsk indikation.

Dommen blev afsagt med dissens, både for så vidt angår udfaldet og for så vidt angår begrundelsen.

Klagerens sag hvilede primært på påstanden om, at det nu var videnskabeligt bevist, at livet begynder ved befrugtningen, og at det barn, der er blevet til ved en befrugtning, men endnu ikke er født, hverken er et bundt celler eller en ting, men en person. Hun gjorde gældende, at art. 2, der gælder ”enhver”, derfor måtte forstås som omfattende alle mennesker, og ikke blot personer, der har status som en retlig personlighed. Klageren ønskede således, at fosteret skulle omfattes af beskyttelsen i art. 2, så staten ville være forpligtet til at beskytte rettigheden ved strafforfølgelse.

Et flertal af dommerne tager i deres vurdering udgangspunkt i en konstatering af, at EMD endnu ikke har taget stilling til, om den ufødte er omfattet af art. 2, og henviser til de tidligere sager, hvor fosterets ret til liv har været diskuteret, idet spørgsmålet hidtil udelukkende har været rejst i forbindelse med abort.<sup>8</sup> I den hidtidige praksis er det ufødte barn ikke blevet anset for en person, og hvis det ufødte barn har en ret til liv, er retten begrænset af moderens rettigheder og interesser. På den anden side har EMD og den tidligere EMK, som nævnt i kapitel 4, ikke udelukket muligheden for, at rettigheder i særlige tilfælde kan udstrækkes til at omfatte det ufødte barn. Klageren vandt således ikke gehør for sine synspunkter.

Inden *Vo v. France* havde EMD ved flere lejligheder haft spørgsmålet om fosterets status til bedømmelse.<sup>9</sup> Denne sag adskiller sig dog fra de tidligere sager ved, at der her er tale om en kvinde, der ønskede at fuldføre sin graviditet, og et foster, der var rask og måtte formodes at være levedygtigt.<sup>10</sup> Aborten var således et resultat af lægens fejl. EMD udviser alligevel den samme tilbageholdenhed med at definere menneskerettens beskyttelse af fosteret, selvom man i en tidligere sag netop ikke havde afskåret sig fra denne mulighed. På linje med de tidligere sager anføres det, at spørgsmålet i vidt omfang er uafklaret, at der ikke hersker en fælles europæisk konsensus på området, hverken i videnskabelig eller juridisk forstand, og at staterne inden

---

<sup>8</sup> Jf. pr. 75-80. Se i øvrigt kapitel 4 for en analyse af abortspørgsmålets menneskeretlige ramme.

<sup>9</sup> Disse sager er behandlet i kapitel 4.

<sup>10</sup> Se omtalen af den patologiske undersøgelse af fosteret i pr. 14.

for denne sfære er tillagt en skønsmargin. Der lægges også vægt på, at fosterets status i den nationale franske lovgivning ikke er defineret.<sup>11</sup> Derfor anser domstolen det hverken for muligt eller ønskeligt at fastslå, om det ufødte barn er omfattet af menneskerettens beskyttelse. Det anføres, at fosterets liv var tæt forbundet med kvindens og kunne beskyttes gennem hende. Derfor lægger domstolen vægt på, at kvinden kunne have opnået erstatning ved at indlede en administrativ sag, hvorfor en sag i strafferetligt regi var overflødig.<sup>12</sup> Selv hvis art. 2 var anvendelig i sagen, er der således ikke sket en krænkelse.

I dissenserne peges der derimod på en række fortolkningsmuligheder, der følger i forlængelse af det spor, domstolen og kommissionen tidligere har lagt ud i sager om fosterets status.

I dommer Mularonis dissens, der argumenterede for, at artikel 2 også omfattede fosteret, peges der på, at der findes en konsensus i alle de nationale retssystemer om, at adgangen til abort ikke skal være fuldstændig fri:

*"Although legal personality is only acquired at birth, this does not to my mind mean that there must be no recognition or protection of 'everyone's right to life' before birth. Indeed, this seems to me to be a principle that is shared by all member States of the Council of Europe, as domestic legislation permitting the voluntary termination of pregnancy would not have been necessary if the foetus was not regarded as having a life that should be protected. Abortion therefore constitutes an exception to the rule that the right to life should be protected, even before birth."*<sup>13</sup> Ved at stille denne konsensus i forgrunden kunne man således nå et andet resultat, der lå i forlængelse af en tidligere afgørelse, hvor Kommissionen valgte at holde en mulighed åben for, at man i nogle situationer kunne omfatte fosteret af en beskyttelse.<sup>14</sup>

I en separat begrundelse anfører den franske dommer Costa,<sup>15</sup>

*I voted in favour of finding no violation of Article 2, but would have preferred the Court to hold that Article 2 was applicable ... I see no good legal reason or decisive policy consid-*

---

<sup>11</sup> Jf. pr. 81-87.

<sup>12</sup> Den franske stat gjorde gældende, at klageren ikke havde udtømt de nationale retsmidler. Hun anførte derimod, at *"while her recourse to the criminal courts had, unforeseeably, proved unsuccessful, the possibility of applying to the administrative courts had in the meantime become statute-barred."* Se nærmere pr. 43-45.

<sup>13</sup> Dommer Mularonis dissens med tilslutning fra dommer Straznicka (dissensens præmisser er unummererede).

<sup>14</sup> Paton v. UK-sagen, der omtales mere uddybende i kapitel 4.

<sup>15</sup> Jf. pr. 3 og 17 i den separate begrundelse.

## Kapitel 5

*eration for not applying Article 2 in the present case. On a general level, I believe (in company with many senior judicial bodies in Europe) that there is life before birth, within the meaning of Article 2, that the law must therefore protect such life, and that if a national legislature considers that such protection cannot be absolute, then it should only derogate from it, particularly as regards the voluntary termination of pregnancy, within a regulated framework that limits the scope of the derogation. The actual circumstances of Mrs Vo's case made it all the more appropriate to find that Article 2 was applicable: she was six months pregnant (contrast this – purely for illustration purposes – with the German Federal Constitutional Court's view that life begins after fourteen days gestation), there was every prospect that the foetus would be born viable and, lastly, the pregnancy was clearly ended by an act of negligence, against the applicant's wishes.*

Han illustrerer herved, jf. diskussionen i kapitel 3, at det at tillægge fosteret rettigheder ikke nødvendigvis betyder, at disse rettigheder er absolutte, hvorved kvindens rettigheder, særligt hendes ret til fri abort, kunne lide skade. Synspunktet fremdrager bl.a. fosterets *alder* og *potentialitet* som relevante argumenter for at omfatte fosteret af beskyttelsen i art. 2. Derudover synes han også at lægge nogen vægt på fosterets "*formål*": I dette tilfælde var fosterets formål at blive til et barn (*the pregnancy was clearly ended ... against the applicant's wishes*), hvilket taler for en større beskyttelse end tilfælde, hvor fosterets formål ikke er et barn, og svangerskabet afbrydes med en anmodning om abort. Fosterets status ville efter en sådan formålsafhængig beskyttelse stadig være flettet ind i kvindens rettigheder og beskyttelsen afhængig af den status, hun selv tildelte fosteret. For fostre *in vivo* forekommer en sådan formålsafhængig status i denne sammenhæng at være brugbar. Om dette udgangspunkt kan bruges i andre sammenhænge, vil blive belyst senere i dette kapitel.

At EMD ikke anser omstændighederne i *Vo v. France* for omfattet af art. 2, kan forekomme meget tilbageholdende; J. K. Mason anfører:

*"Thus, in the end, what it had been hoped might be an "evolutive interpretation" of a "living instrument" petered out into a non-decision – the reader of the judgment is likely to feel, by analogy, that it had been a long journey to the pub with no beer".*<sup>16</sup>

Selvom abortsagerne behandlet i kapitel 4 afviser, at fosteret har en absolut ret til livet, så lod EMK det være et åbent spørgsmål i *Paton v. UK*, om fosteret slet ikke var omfattet af art. 2 eller modsat var omfattet af bestemmelsen, dog med "*certain implied limitations*". Dette spørgsmål er ikke blevet endeligt afklaret i senere praksis. Domstolen har i flere sager understreget,

---

<sup>16</sup> J.K. Mason: *What's in a name? The vagaries of Vo v France* i *Child and Family Law Quarterly*, 2005:17:1, p. 97-112 (106).

at EMRK er "*a living instrument*", der skal fortolkes dynamisk og dermed løbende tilpasses udviklingen.<sup>17</sup> Denne fortolkningsklausul må afvejes med staternes *margin of appreciation*, og der består således et skisma mellem de to grundlæggende principper. Der er flere eksempler på, at den dynamiske fortolkning for alvor sætter ind, når der i staternes nationale lovgivninger og praksis eller i internationale eller europæiske instrumenter findes at være en klar overensstemmende europæisk "trend". *Present-day conditions* må således bedømmes ud fra, hvad man på europæisk plan kan anse for at være *the rule of law*. Dette var tilfældet i både *Marckx v. Belgium*<sup>18</sup> og *Sigurjónsson v. Iceland*.<sup>19</sup> Rettighedens indhold skal således altid bedømmes på baggrund af samfundsudviklingen med henblik på at sikre dens effektive beskyttelse. Om et område falder inden for eller uden for staternes skønsmargin, hænger således sammen med i hvor høj grad der er "*a growing measure of common ground*" eller generel europæisk uenighed om spørgsmålet.<sup>20</sup> Dette fremgår også generelt af de sager, der omhandler beskyttelsen af fosteret, idet EMD nok har henvist til spørgsmålets moralske karakter, men også altid har knyttet dette til, at der ikke hersker enighed om spørgsmålet, hverken i de nationale europæiske lovgivninger eller i juridisk, videnskabelig eller filosofisk forstand. Bedømmelsen af, hvorvidt der hersker europæisk konsensus om et givet spørgsmål, kan være svær at foretage, hvilket også spores i Vo's mange separate begrundelser og dissenser. Staternes skønsmargin synes således – i hvert fald i denne sammenhæng – de facto at fungere som et indskrænkende fortolkningsprincip, der i nogen forstand har forrang for den udviklende, dynamiske fortolkning, idet EMD dog ifølge egen praksis kan efterprøve, om staten forvalter sin margin proportionalt og i konventionens ånd.<sup>21</sup>

At domstolen bliver nødt til at være et genspejl af de normer, der dominerer blandt medlemsstaterne, er på den ene side indlysende; en retsskabende instans, der ikke har demokratisk legitimitet, må have dette faktum for øje. EMD lægger således også vægt på, at "*the interpretation of the rights and*

---

<sup>17</sup> Om EMD's fortolkningsstil, se fx Jens Elo Rytter: *Grundrettigheder – domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten*, København, 2000.

<sup>18</sup> *Marckx v. Belgium*, application no. 6833/74 af 13. juni 1979, pr. 41.

<sup>19</sup> *Sigurjónsson v. Iceland*, application no. 16130/90 af 30. juni 1993, pr. 35.

<sup>20</sup> Se også P. van Dijk, G.H.J. van Hoof: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3<sup>rd</sup> edition, Den Haag, 1998, p. 82-95 (Det bemærkes, at 3. udgavens kapitel 2 er ikke medtaget i bogens 4. udgave).

<sup>21</sup> Jf. sagerne *Handyside v. UK*, application no. 5493/72 af 7/12/1976 og *Sunday Times v. UK*, application no. 6538/74 af 26/04/1979. For en diskussion af dette aspekt se i øvrigt Nicholas Lavender: *The Problem of the Margin of Appreciation* i *European Human Rights Law Review*, 1997, 4, p. 380-390 (385-389).



*freedoms guaranteed must be consistent with the general spirit of the Convention, an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society*".<sup>22</sup> På den anden side må den dynamiske fortolkning, hvis rettighederne i konventionen skal have et tidssvarende indhold, i et vist omfang sætte en grænse for, hvor langt staternes skønsmargin rækker. EMD har da også i andre sager fastslået, at europæisk enighed ikke kan være det eneste parameter i fastlæggelsen af marginens rækkevidde; i Rasmussen v. Denmark<sup>23</sup> anføres det, at "*The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject-matter and its background; in this respect one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States*". I Vo-sagen forholdte flertallet sig dog ikke til, at de nationale abortlovgivninger alle udtrykte en vis konsensus i værdiopfattelsen af fosteret i relation til abortspørgsmålet.

Vo v. France udgør som tidligere nævnt den eneste sag i EMD's praksis om fosterets status i harmoniperspektivet og behandler det omdiskuterede og i et vist omfang uafklarede spørgsmål om kategoriseringen af fosteret i strafferetten. Den danske kommenterede straffelov fremhæver, at fosteret som udgangspunkt skal være født, før det ydes beskyttelse i straffeloven, og nævner, at det blandt de strafferetlige teoretikere har været et omdiskuteret spørgsmål, hvornår skiftet fra abortlovgivning til straffelov sker. Som følge heraf anføres det, at det er uafklaret, om straffelovens bestemmelse om uagtsom legemsbeskadigelse kan bruges i en situation, hvor barnet fødes handicappet, fordi fosterets normale udvikling er blevet påvirket af voldelige, medikamentelle eller andre indgreb.<sup>24</sup> At Vo-sagen omhandler fosterets plads i strafferetten, hvor man måske er tilbageholdende med at yde retsbeskyttelse til fosteret af hensyn til gerningsmanden,<sup>25</sup> kunne således være en begrundelse for, at andre harmonisationer kunne anskues anderledes i den fremtidige menneskeretlige praksis.

På den anden side er det ikke givet, at EMD ville nå det modsatte resultat i andre harmonisationer. Et centralt argument i Vo-dommen er den pluralisme, der hersker i Europa med hensyn til, hvordan man retligt anskuer fosteret. Dette argument bruger domstolen til at forklare sin tilbageholdenhed med at lade fosteret være beskyttet af retten til liv. Så længe fosterets retsstilling er uafklaret i de nationale retssystemer, og domstolen ikke har blik

---

<sup>22</sup> Soering v. UK, application no. 14038/88 af 7. juli 1989, pr. 87.

<sup>23</sup> Rasmussen v. Denmark, application no. 8777/79 af 28. november 1984, pr. 40.

<sup>24</sup> Vagn Greve, Asbjørn Jensen og Gorm Toftegaard Nielsen: Kommenteret straffelov – speciel del, 8. omarbejdede udgave, København, 2005, p. 307-308.

<sup>25</sup> Se nærmere kapitel 1.

for den konsensus, der rent faktisk også er i de nationale retssystemer, kunne EMD således fortsat tænkes at være afvisende over for at tildele fosteret en menneskeretlig beskyttelse også i andre harmonisituationer. Sagens udfald understreger det – i denne kontekst – uhensigtsmæssige i den traditionelle personretlige opfattelse af fosteret, hvor fødslen definerer begyndelsestidspunktet for, hvornår man kan være en person i juridisk forstand med mulighed for at være indehaver af rettigheder. En mere moderne og formålsafhængig anskuelse af fosteret, sådan som det fx anskues i persondatabeskyttelsesretten,<sup>26</sup> kunne yde fosteret (og kvinden) en beskyttelse i Vo v. France.

J.K. Mason og G.T. Laurie anfører, at en accept af fosterdrab i Vo-sagen ikke ville true retten til abort, men faktisk ville beskytte kvinden og hendes ønske om at bevare svangerskabet, men anfører desuden, at *"this is, admittedly, the easy case. The reluctance ... to address the fetal question directly may largely be born of the fear of establishing precedents that cannot then be controlled and which might open dangerous floodgates in the realm of maternal/fetal conflict in circumstances where the woman does not want to remain pregnant."*<sup>27</sup>

Man kunne i forlængelse heraf indvende, at en formålsafhængig anskuelse risikerer at blive arbitrær og rejser problemstillingen om, hvem der er berettiget til at beslutte, om et konkret formål er beskyttelsesværdigt. Under omstændigheder som i Vo v. France ville den formålsafhængige kategorisering være knyttet til kvindens autonomi (jf. dommer Costas begrundelse, der netop lægger vægt på kvindens autonomi). Denne argumentation harmonerer med, at autonomiprincippet er et grundlæggende princip inden for bio- og sundhedsretten. En formålsafhængig anskuelse, der er knyttet til kvindens autonomi, vil kunne imødegå den bekymring, der rejses af Mason og Laurie, således at begreberne fosterdrab og abort anskues som to adskilte begreber, der ikke er i disharmoni med hinanden.

Som nævnt indledningsvis om de metodiske overvejelser, anskues de menneskeretlige normer her som ligeartede værdier, der argumentativt kan supplere og udfylde hinanden. Det er derfor relevant at overveje, om fosterets formål er afgørende for beskyttelse i andre menneskeretlige systemer og instrumenter.

---

<sup>26</sup> Peter Blume anfører, at fostre, i det omfang det giver mening skal ydes retlig beskyttelse og betragtes som individer indenfor databeskyttelsesretten, se Peter Blume: Databeskyttelsesret, 3. udgave, København, 2008, p. 17-18.

<sup>27</sup> J.K. Mason & G.T. Laurie: Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics, 7<sup>th</sup> Edition, Oxford, 2006, p. 124 note 19.

I denne sammenhæng må man fremhæve Europarådets Konvention om Menneskerettigheder og Biomedicin fra 1997 (Bioetikkonventionen). Det fremgår af art. 29, at EMD har kompetence til at afgive vejledende udtalelser om fortolkning af konventionen. Som nævnt tidligere kan en krænkelse af Bioetikkonventionen ikke i sig selv danne grundlag for en klagesag til EMD, men konventionen kan virke i sammenhæng med EMRK.<sup>28</sup> Bioetikkonventionen beskytter ikke udtrykkeligt retten til liv, men har flere bestemmelser, der alligevel kan være relevante at nævne i denne kontekst. Art. 18 (2) forbyder således, at et menneskeligt embryo skabes udelukkende til forskningsformål. Den formålsafhængige anskuelse af fosteret kommer således direkte til udtryk, idet et rent instrumentelt formål ikke må begrunde skabelsen af et liv.<sup>29</sup> Art. 18 (1) foreskriver, at i det omfang lovgivningen tillader forskning på embryoer *in vitro*, skal den også sikre en tilstrækkelig beskyttelse af embryoet.

Europarådets recommendation 1046/1986 on the use of human embryos and foetuses for diagnostic, therapeutic, scientific, industrial and commercial purposes understreger, at

*"from the moment of fertilisation of the ovule, human life develops in a continuous pattern, and ... it is not possible to make a clear-cut distinction during the first phases (embryonic) of its development, and... a definition of the biological status of an embryo is therefore necessary ... this progress has made the legal position of the embryo and foetus particularly precarious, and ... their legal status is at present not defined by law ... adequate provisions governing the use of living or dead embryos and foetuses do not at present exist...in view of scientific progress which makes it possible to intervene in developing human life from the moment of fertilisation, it is urgent to define the extent of its legal protection".<sup>30</sup>*

Bioetikkonventionen repræsenterer således et lille skridt på vejen i forhold til rekommendationens synspunkter. Fokus er dog på forskning i relation til det begyndende liv og adskiller sig herved fra Vo-sagen, hvor formålet var langt mindre kontroversielt og ikke forbundet til de bioteknologiske landvindinger, idet formålet her var fødslen af et barn.

---

<sup>28</sup> Se *Evans v. UK*, hvor EMRK art. 8 blev fortolket på baggrund af Bioetikkonventionen. At Storbritannien ikke har underskrevet Bioetikkonventionen, gør i øvrigt sagen så meget desto mere interessant.

<sup>29</sup> Modsat er der ingen hindringer for, at en kvinde bliver gravid med det formål at abortere for at producere fostervæv til brug for behandling, se nærmere kapitel 6. Dette illustrerer sammenhængen mellem kvindens og fosterets rettigheder, og at der således er en skærpet beskyttelse for embryoer *in vitro*, som fremstår som en af kvinden uafhængig entitet.

<sup>30</sup> Rekommendationens betragtning 5-8.

EMD har også haft lejlighed til at bedømme retten til liv, for så vidt angår denne problemstilling, nemlig om befrugtede æg kunne siges at have en ret til livet.

I *Evans v. UK* havde klageren sammen med sin partner påbegyndt IVF behandling. I den forbindelse blev der konstateret forstadier til kræft i æggestokkene, som skulle bortopereres. Inden operationen blev hun tilbudt én behandlingscyklus, hvor man medikamentelt fremkaldte modning af et antal æg. Hun blev informeret om, at man ikke på den pågældende klinik frøs ube-frugtede æg, og at dette i øvrigt ikke var en succesfuld teknik. I stedet befrugtede man æggene med partnerens sæd, og begge parter blev informeret om, at deres samtykke til IVF-behandling kunne tilbagekaldes når som helst indtil tidspunktet for implantationen af de befrugtede æg i kvindens livmoder. Implantationen kunne først foretages, når der var gået 2 år siden operationen. I mellemtiden ophævede parterne imidlertid deres samliv, og partneren meddelte klinikken, at han tilbagekaldte sit samtykke, og at de befrugtede æg derfor skulle destrueres.

EMD afviste, at der var sket en krænkelse af art. 2,<sup>31</sup> med henvisning til *Vo v. France* og overvejelserne heri om den manglende europæiske konsensus om livets begyndelse og staternes skønsmargin.

Der forekommer dog at være en relevant forskel på de to sager. De befrugtede ægs formål var at blive brugt til IVF-behandling. Hvor fosteret i *Vo*-sagen allerede havde udviklet sig, i de 6 måneder svangerskabet havde været, forholder det sig lidt anderledes med de befrugtede æg i *Evans*-sagen. Deres oprindelige formål var at blive til børn, men formålet var mindre realiseret og var desuden betinget af et fortsat samtykke fra såvel kvinden som manden. Som led i IVF-behandlingen må man forvente, at visse æg ikke ville blive implanteret og gå til grunde, eller blive frasorteret af den læge eller laborant, der skulle udvælge netop de æg, der skulle forsøges implanteret.<sup>32</sup> Der er altså en grundlæggende forskel på de to mulige beskyttelses-subjekter i *Vo v. France* og *Evans v. UK*. Derudover var der i *Evans*-sagen uenighed om det fortsatte formål med de befrugtede æg. Hvis man havde anlagt en mere dynamisk anskuelse i *Vo*-sagen, der lagde vægt på fosterets formål, ville man stadig kunne have nået et andet resultat i *Evans*-sagen, idet formålet her dels ikke var realiseret endnu, og dels var der uenighed om formålet mellem de parter, der var kompetente til at beslutte dette formål.

### *2.2.2. FN's konventioner*

Retten til liv, som i *Vo v. France* og *Evans v. UK* ikke fandtes at omfatte hverken de uimplanterede befrugtede æg eller det 6 måneder gamle foster,

<sup>31</sup> *Evans v. UK*, Application no. 6339/05 (Court - Fourth Section) af 7. marts 2006, pr. 45-47 og (Court – Grand Chamber) af 10. april 2007, pr. 54-56.

<sup>32</sup> Se nærmere om frasortering og selektion af befrugtede æg i kapitel 7.

er en værdi, der også er beskyttet i andre menneskeretlige instrumenter. Jeg vil derfor i det følgende afdække, i hvilket omfang fosteret er beskyttet heraf.

Universal Declaration of Human Rights (FN's Verdenserklæring om Menneskerettigheder, 1948) beskytter retten til liv i art. 3: *"Everyone has the right to life, liberty and security of person."* Rettighederne gælder, jf. art. 2, enhver *"without distinction of any kind, such as ... birth or other status."* Efter at Verdenserklæringen blev vedtaget, fik the Human Rights Commission of the Economic and Social Council til opgave at lave udkast til to konventioner, der nærmere skulle udmønte rettighederne i Verdenserklæringen; the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) og the International Covenant on Civil and Political Rights (CCPR). Sidstnævnte beskytter retten til liv i art. 6 (1): *"Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life."* Hvorvidt denne ret også omfattede fosteret, var et spørgsmål, man med vilje lod være åbent ved konciperingen.<sup>33</sup> <sup>34</sup> The Human Rights Committee, der offentliggør sin fortolkning af konventionen i sine *General Comments*, har aldrig behandlet spørgsmålet om, hvorvidt beskyttelsen gælder fostre.<sup>35</sup> Derimod har the Human Rights Committee fokuseret artikel 6 omkring kvinders ret til liv i forbindelse med abort, således at staterne skal sikre, at kvinderne ikke har nødig at få foretaget livstruende aborter i det skjulte.<sup>36</sup> Derudover foreskriver CCPR art. 24, at

*"1. Every child shall have, without any discrimination as to race, colour, sex, language, religion, national or social origin, property or birth, the right to such measures of protection as are required by his status as a minor, on the part of his family, society and the State. 2. Every child shall be registered immediately after birth and shall have a name."*

---

<sup>33</sup> UN Doc. A/3764, punkt 112.

<sup>34</sup> Se dog også Manfred Nowak: UN Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary, Kehl, 1993, p. 123-124, der anfører, at bestemmelsens beskyttelse i hvertfald ikke gælder fra befrugtningøjeblikket.

<sup>35</sup> I General Comment 6: The Right to life (art. 6): 30/04/82, punkt 5, udtales det, at *"the right to life has been too often narrowly interpreted. The expression "inherent right to life" cannot properly be understood in a restrictive manner, and the protection of this right requires that States adopt positive measures. In this connection, the Committee considers that it would be desirable for States parties to take all possible measures to reduce infant mortality."* En reel indsats mod spædbarnsdødelighed kan dog også betyde et værn for fosteret.

<sup>36</sup> General Comment 28, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, punkt 10.

Fødte børn udgør således formentlig grænsen for, hvem der er omfattet af beskyttelsen. Danmark har i øvrigt heller ikke taget forbehold for art. 6 (1) i forhold til abortlovgivningen; den danske regering har således heller ikke fortolket bestemmelsen således, at der er en ret til liv for den ufødte. Dog er fosteret udtrykkeligt beskyttet i CCPR art. 6 (5), hvorefter dødsstraf ikke må eksekveres når det drejer sig om en gravid kvinde. Manfred Nowak argumenterer for, at beskyttelsen i CCPR formentlig begynder "*when the foetus is able to survive on its own*", og abort inden fosteret er levedygtigt, dermed ikke krænker fosterets ret til liv.<sup>37</sup> Det er således omdiskuteret, om fødslen eller levedygtighed er det afgørende kendetegn for den retlige kategorisering efter CCPR.

FN's Børnekonvention beskytter også retten til liv, idet art. 6 lyder: "*1. States Parties recognize that every child has the inherent right to life. 2. States Parties shall ensure to the maximum extent possible the survival and development of the child.*" ... "*For the purposes of the present Convention, a child means every human being below the age of eighteen years*", jf. art. 1. I den første arbejdstekst, der blev vedtaget fremgik det, at "*a child is every human being from the moment of birth*".<sup>38</sup> Både under 1980-<sup>39</sup> og 1989-gruppens<sup>40</sup> arbejde blev det diskuteret, hvorvidt definitionen skulle nævne fødslen eller endda befrugtningen som en nedre grænse. Ingen af forslagene blev dog vedtaget, tværtimod blev man i 1980 gruppen enige om at lade "*from the moment of birth*" udgå af teksten som et kompromis, idet der både var delegerede, der mente, at en beskyttelse fra fødselstidspunktet var i modsætning til deres nationale lovgivning, hvor beskyttelsen gjaldt fra befrugtningen, og delegerede, som mente, at man måtte opgive at definere et begyndelsestidspunkt for at imødegå den store variation, der var i de nationale lovgivninger. Da 1988-gruppen diskutererede retten til liv, var man enige om ikke at genåbne diskussionen om livets begyndelse.<sup>41</sup> På den anden side fremgår det udtrykkeligt af præambelens 9. betragtning, at "*the child, by reason of his physical and mental immaturity, needs special safeguards and care, including appropriate legal protection, **before** as well as after **birth*** (min udhævning)".

---

<sup>37</sup> Manfred Nowak: UN Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary, Kehl, 1993, p. 124.

<sup>38</sup> Basic working text as adopted by the 1980 Working Group, E/CN.4/1349, p. 2 gengivet i Sharon Detrick (ed.): The United Nations Convention on the Rights of the Child – A Guide to the Travaux Préparatoires, Dordrecht, 1992, p. 115-119.

<sup>39</sup> Considerations 1980 Working Group E/CN.4/L.1542, p. 5-6.

<sup>40</sup> Considerations 1989 Working Group E/CN.4/1989/42, p. 15-16.

<sup>41</sup> Considerations 1988 Working Group E/CN.4/1988/28, p. 5-7

Præamblen og koncipisternes udtrykkelige fravalg synes således at trække i hver sin retning i fortolkningen af, hvorvidt fosteret er omfattet af retten til liv.

Karl Harald Søvig anfører, at det er nærliggende at fortolke Børnekonventionen sådan, at fosteret undertiden er værn timer af art. 1, jf. art. 6, men at bestemmelsen ikke udelukker abort efter en forsvarlig afvejning af fosterets og kvindens interesser. Selvom beskyttelse af fosteret eksplicit blev fravalgt af koncipisterne, mener han, at den kontekstafhængige beskyttelse netop kan underbygges direkte fra konventionen, idet art. 24 (2) d (som giver fosteret en indirekte beskyttelse ved at pålægge staterne at give kvinder adgang til svangreomsorg) i øvrigt udgør en tilsvarende tilnærmelse.<sup>42</sup> Her kan man efter min opfattelse argumentere for, at det brede rettighedsbegreb, hvor retlig status kan opnås både i form af rettigheder og i form af afledt retlig status (parasit-rettigheder), kan bidrage til et mere præcist svar på spørgsmålet om den retlige kategorisering af fosteret, hvor præambelen og koncipisternes fravalg af at omfatte fosteret af beskyttelsen ikke nødvendigvis må ses som et sammenstød. Man kan således godt forestille sig, at konventionen har haft blik for fosteret i et harmoniperspektiv:

Hvis man sammenligner med EMD's fortolkning, er der en tilbøjelighed til at tillægge "deltagernes hensigt" betydelig vægt, når det drejer sig om de områder, hvor staterne overlades en betydelig skønsmargin. Dette var i hvert fald tilfældet for så vidt angår den daværende Kommissions afgørelse af abortspørgsmålet i *Brüggemann & Scheuten v. Germany*: "... *when the European Convention of Human Rights entered into force, the law on abortion in all Member States was at least as restrictive as the one now complained of by the applicants. In many European countries the problem of abortion is or has been the subject of heated debates on legal reform since. There is no evidence that it was the intention of the Parties to the Convention to bind themselves of any particular solution*".<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Karl Harald Søvig: *Tvang overfor rusmiddelafhængige – Sosialtjenesteloven §§ 6-2 til 6-3*, Bergen, 2007, p. 164. Bestemmelsen lød i øvrigt i sine udkast "to ensure appropriate health care for expectant mothers" og "to ensure appropriate pre- and post-natal health care for mothers and their children" inden den endelige udforming af bestemmelsen, der udelukkende refererer til kvinden, jf. *Considerations 1989 Working Group E/CN.4/1989/48*, p. 74-74, punkt 414.

<sup>43</sup> *Brüggemann & Scheuten v. Germany*, application 6959/75 adopted by the Commission on 12 July 1977, præmis 64. At der kan bestå et skisma mellem den oprindelige hensigt og en levende formålsfortolkning fremgår tydeligt af Opsahls separate begrundelse (tiltrådt af Nørgaard og Kellberg) præmis 2-3: "... a 'Fristenlösung' based on self-determination – is the one most consistent with what we think a right to respect for private life in this context ought to mean in our time...nevertheless, we must admit that such a view cannot easily be

Hensynet i præambelens 9. betragtning hænger således formentlig sammen med, at fosteret fx i art. 24 (2) d er ydet en indirekte beskyttelse, idet staterne er pålagt at give kvinder adgang til svangreomsorg.<sup>44</sup> Art. 24 (2) d er en rettighed, der er tillagt kvinden, selvom det klart fremgår af art. 24 (1), at formålet er barnets ret til sundhed, og kvinden er så at sige et instrument til at implementere og udfolde denne ret. Bestemmelsen er således et eksempel på, at fosteret også kan styrkes i rettigheder gennem sin tilstedeværelse i hendes krop. Desuagtet er fosteret kun tildelt en afledt status – staten er forpligtet til at stille tilbud til rådighed, men kvinden kan autonomt til- eller fravælge tilbuddet.

FN-konventionerne beskytter således ikke umiddelbart fosterets ret til livet, men har blik for fosterbeskyttelse set fra et harmoniperspektiv, idet beskyttelsen udfoldes gennem kvinden og er afhængig af den status, hun tilskriver fosteret. Denne mekanisme havde EMD også for øje i *Vo v. France*, idet den manglende retlige status for fosteret i den nationale lovgivning ikke medførte, at fosteret slet ikke var ydet beskyttelse, "*the life of the foetus was intimately connected with that of the mother and could be protected through her*".<sup>45</sup> I den konkrete sag var kvindens civile retlige muligheder dog i mellemtiden blevet forældet, inden det viste sig, at sagen ikke kunne forfølges strafferetligt.

Selvom fosterets ret til liv i de internationale retskilder således primært må ses som en afledt status, der er underordnet kvindens rettigheder, synes spørgsmålet i høj grad at være overladt til et nationalt skøn med henvisning til den pluralisme, der hersker i opfattelsen af fosterets status. Der er således rum for, at der i større eller mindre omfang kan være udmøntet en sådan ret på nationalt niveau.

I dansk ret er fosterets ret til liv hverken beskyttet i grundloven eller straffeloven.<sup>46</sup> Alligevel bygger retsordenen på, at fosteret har en vis grundlæg-

---

read into the terms of Art. 8. The problem is not a new one and traditional views of the interpretation and application of this Article have to be taken into account notwithstanding the rapid development of views on abortion in many countries."

<sup>44</sup> Bestemmelsen lød i øvrigt i sine udkast "*to ensure appropriate health care for expectant mothers*" og "*to ensure appropriate pre- and post-natal health care for mothers and their children*" inden den endelige udformning af bestemmelsen, der udelukkende refererer til kvinden, jf. Considerations 1989 Working Group E/CN.4/1989/48, p. 74-74, punkt 414.

<sup>45</sup> Jf. pr. 86.

<sup>46</sup> Jf. dog straffelovens § 238 og se nærmere Vagn Greve, Asbjørn Jensen og Gorm Toftegaard Nielsen: Kommenteret straffelov – speciel del, 8. omarbejdede udgave, København, 2005, p. 307-308.



gende status, idet regulering af svangerskabsafbrydelse ellers ville være uforholdsmæssig. I det følgende afsnit undersøges det, om der er givet retlige muligheder for at gennemtvunge en ret til livet.

### 2.3. Kan en ret til livet gennemtvunges?

#### 2.3.1. Indledning

I dette afsnit vil jeg belyse fosterets position i et *konfliktperspektiv*, dvs. situationer, hvor der er et modsætningsforhold mellem kvindens ønsker og fosterets interesser.<sup>47</sup>

Fosterets ret til livet, og især ret til at blive født levende, har haft en særlig praktisk betydning i forhold til tvangsmæssigt udførte kejsersnit. I udenlandsk retspraksis har der været flere sager om dette spørgsmål, som vil blive behandlet i dette afsnit. Derudover kunne spørgsmålet være relevant i forhold til kvinder, der sultestrejker, afviser livsforlængende behandling eller afviser behandling med blod eller blodprodukter. I begge situationer er spørgsmålet, om man tvangsmæssigt kan iværksætte en bestemt behandling over for kvinden af hensyn til fosterets ret til at blive født levende. En særlig kategori udgøres af tilfælde, hvor kvinden er i permanent vegetativ tilstand, hjernedød eller på anden måde er i fare for at dø, medmindre man i den tid, det er medicinsk muligt, holder hende i respirator med henblik på, at fosteret kan opnå en alder, hvor det vil være muligt at redde det, selvom det bliver født for tidligt ved kejsersnit.

Dette kapitel er disponeret på den måde, at alene tvangsmæssig behandling, der relaterer sig til gennemtvungelse af fosterets eventuelle ret til livet/at blive født levende, behandles i det følgende afsnit, mens tvangsmæssig behandling, der relaterer sig til fosterets eventuelle ret til at have et sundt fostermiljø under svangerskabet (og dermed også retten til at blive født sund), behandles i kapitlets anden del.

#### 2.3.2. Tvangsmæssig behandling

Hvis en gravid kvinde afviser behandling, kan det have konsekvenser både for hende selv og for fosteret. Lægens ønske eller råd om at iværksætte eller fortsætte en behandling kan således ske af hensyn til den ene eller begge parter, idet lægen efter autorisationslovens § 17 formentlig er forpligtet til at udvise omhu og samvittighedsfuldhed både i forhold til kvinden og fosteret.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> Som nævnt i kapitel 3 er det et omdiskuteret spørgsmål i moralfilosofien, om et foster kan have interesser.

<sup>48</sup> For denne fortolkning taler vejledning nr. 60257 af 17/09/1998 vedrørende medicinsk behandling af kvinder, som er eller påtænker at blive gravide, hvoraf fremgår, at ordination af

Efter straffelovens § 251 er det strafbart for en kvinde ved sin barnefødsel på uforsvarlig måde at udsætte barnet for alvorlig fare. Denne bestemmelse medfører dog ifølge den kommenterede straffelov ikke, at man kan kræve af kvinden at vælge en bestemt fødselsmetode, såsom kejsersnit. I praksis anvendes bestemmelsen, hvor barnet får lov til at ligge uden pleje o. lign., og bestemmelsen forudsætter således, at barnet er levende født.<sup>49</sup>

I dansk ret er det et grundlæggende princip, at ingen behandling må indledes eller fortsættes uden patientens informerede samtykke, jf. sundhedslovens § 15. Bestemmelsen afspejler et grundlæggende princip om den personlige friheds ukrænkelighed, som bl.a. fremgår af grundlovens § 71, stk. 1 og 2. Behandling uden samtykke kan således som udgangspunkt kun ske, hvis der er hjemmel hertil.

Sundhedsloven opstiller særlige regler for mindreårige under 15 år og patienter, der varigt mangler evnen til at give informeret samtykke, således at forældre, nærmeste pårørende eller værger ved værgemål, der omfatter personlige forhold, kan give et stedfortrædende informeret samtykke. Der er dog heller ikke i disse tilfælde hjemmel i sundhedsloven til at behandle med tvang, hvis patienten selv nægter eller protesterer mod behandlingen.<sup>50</sup> Sundhedsloven fastsætter også en udtrykkelig ret til selvbestemmelse i særlige situationer,<sup>51</sup> således at en sultestrejke ikke må afbrydes af sundhedspersonen, at behandling med blod eller blodprodukter kan afvises af patienten, ligesom også livsforlængende behandling, der kun kan udskyde dødens indtræden, også kan afvises af patienten.

En tvangsmæssig behandling uden et informeret samtykke eller uden patientens medvirken ved stedfortrædende samtykke kan således kun iværksættes eller fortsættes, hvis der er hjemmel i lov, jf. sundhedslovens § 15, stk. 1. Der er altså ikke i medfør af sundhedsloven mulighed for at tvinge kvinden til de nævnte typer af behandling, hverken for at redde hendes eget liv (idet

---

lægemidler til en gravid kvinde altid skal betragtes som en potentiel forøgelse af risikoen for fostret, og at der derfor altid skal udvises streng tilbageholdenhed. Hvis de behandlingsmæssige fordele for kvinden er så store, at man er nødt til at acceptere en risiko for fosteret, skal det ske på fornødent lægeligt ekspertiseniveau og i samråd med kvinden.

<sup>49</sup> Se Vagn Greve, Asbjørn Jensen, Gorm Toftegaard Nielsen: Kommenteret straffelov, Speciel del, 8. omarbejdede udgave, København, 2005, p. 344.

<sup>50</sup> For mindre børn kan der dog være særlige forhold, som følger af de beføjelser og forpligtelser, der følger af forældremyndigheden; således vil man eksempelvis kunne vaccinere barnet eller fjerne blindtarmen ved operation, selvom barnet græder eller på anden måde protesterer.

<sup>51</sup> Jf. lovens kapitel 6.

## Kapitel 5

loven, som nævnt, udtrykkeligt giver ret til selvbestemmelse inden for flere områder, hvor patienten i yderste konsekvens vil dø uden den påtænkte behandling), eller for at redde fosteret.

Det må derfor overvejes, om der er hjemmel i den øvrige lovgivning til tvangsmæssig behandling af en gravid kvinde. Inden for sundhedsområdet er der kun hjemmel til at anvende tvang i epidemiloven<sup>52</sup> og psykiatriloven.<sup>53</sup>

Epidemiloven har til formål at hindre spredning af alment farlige sygdomme og indeholder i kapitel 3 hjemmel til tvang i forhold til undersøgelse, indlæggelse og isolation, ligesom der i særlige tilfælde, hvor isolation ikke er tilstrækkeligt, kan iværksættes tvangsmæssig behandling efter påbud fra sundhedsministeren og indstilling fra sundhedsstyrelsen. Denne bestemmelse er således ikke relevant for dette afsnits problemstilling.

Efter psykiatriloven er der hjemmel til tvangsbehandling, idet frihedsberøvelse og anden tvang i forbindelse med indlæggelse, ophold og behandling på psykiatrisk afdeling kun må finde sted efter reglerne i psykiatriloven, jf. § 1. Der er dog mulighed for også at tvangsbehandle en kvinde, der befinder sig på en somatisk afdeling, sådan som det vil være tilfældet for en fødende kvinde. Dette kræver dog, at overlægen på den somatiske afdeling laver en erklæring om tvangsindlæggelse, og at overlægen på den psykiatriske afdeling vurderer at betingelserne for tvangsindlæggelse er opfyldt, jf. § 13, stk. 1, 2. pkt. Det vil således i alle tilfælde være påkrævet, at hun opfylder betingelserne for frihedsberøvelse efter lovens § 5. Efter denne bestemmelse vil det være et krav, at kvinden er sindssyg eller befinder sig i en tilstand, der ganske må ligestilles hermed, og at det vil være uforsvarligt ikke at frihedsberøve hende med henblik på behandling, fordi udsigten til helbredelse eller en betydelig og afgørende bedring af tilstanden ellers vil blive væsentlig forringet, eller hun frembyder en nærliggende og væsentlig fare for sig selv eller andre.

Der er altså for det første krav om, at kvinden opfylder sygdomskriteriet og af en læge diagnosticeres som sindssyg eller som værende i en tilsvarende tilstand. Som eksempel på sindssygdomme kan nævnes skizofreni, manio-depressiv psykose og paranoide tilstande. Kendetegnene for disse psykiske tilstande er en manglende evne til at opleve og vurdere sig selv og omverdenen i overensstemmelse med virkeligheden, og dette realitetstab kan komme til udtryk ved hallucinationer, paranoia, demens og bevidsthedsæn-

---

<sup>52</sup> Lov nr. 114 af 21. marts 1979 om foranstaltninger mod smitsomme sygdomme.

<sup>53</sup> Lovbekendtgørelse nr. 1111 af 1. november 2006 om anvendelse af tvang i psykiatrien.

dringer.<sup>54</sup> De tilstande, der kan ligestilles med sindssygdom, skal fortolkes indskrænkende,<sup>55</sup> og som eksempel på sådanne tilstande kan eksempelvis nævnes affektsplosive tilstande, patologiske reaktioner på alkohol eller psykofarmaka og nervøs spisevægring, hvor der er sket svær afkræftelse med livsfare til følge. En habil kvinde vil således ikke opfylde betingelserne for frihedsberøvelse, når nægtelsen af at modtage en bestemt behandling er en fornuftsmæssig beslutning, heller ikke selvom årsagen eller begrundelsen for beslutningen ikke fremstår som et fornuftsmæssigt valg for de fleste andre. Nægter hun at få foretaget kejsersnit, fordi hun er bange for nåle, operation eller lignende, vil dette altså heller ikke opfylde betingelserne for frihedsberøvelse, medmindre der i det konkrete tilfælde er tale om en vrangforestilling, der kan henføres til en psykose, og de andre betingelser i øvrigt også er opfyldt.

Dernæst skal det være uforsvarligt ikke at frihedsberøve hende med henblik på behandling af den psykiske lidelse, fordi udsigten til helbredelse eller bedring af tilstanden ellers ville være væsentligt forringet. Der kræves altså en vis form for akuthed i behandlingsbehovet, som man især kunne forestille sig var tilfældet med kejsersnit, idet uforsvarlighetskriteriet må ses som et krav om proportionalitet og det mindste middels princip.

Endelig skal frihedsberøvelsen ske på behandlingsindikation eller fareindikation. Det afgørende vil her være, om behandlingen er påkrævet af hensyn til kvinden selv, eller om hun på grund af sindssygdommen udgør en fare for sig selv eller andre. Fosteret kan formentlig ikke her betragtes som en selvstændig person,<sup>56</sup> og betingelserne for at tvangsbehandle en gravid kvinde efter psykiatriloven adskiller sig derfor ikke fra, hvad der ville gælde for en ikke-gravid kvinde.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> Poul Dahl Jensen og Jørgen Paulsen: *Tvang i psykiatrien*, København, 1991, p. 57.

<sup>55</sup> Poul Dahl Jensen og Jørgen Paulsen: *Tvang i psykiatrien*, København, 1991, p. 58-59 med yderligere henvisninger.

<sup>56</sup> Spørgsmålet om, hvorvidt fosteret kan betragtes som "en anden" (person), kendes også i arvelovens § 48, stk. 1, hvor arveret kan fortabes, når en person har begået en forsætlig overtrædelse af straffeloven, som har medført en andens død. I Justitsministeriets besvarelse af spørgsmål nr. 21 af 19. marts 2007 fra Folketingets Retsudvalg vedrørende forslag til Arvelov (L 100) anføres det, at fosteret i dette tilfælde efter Justitsministeriets opfattelse kan betragtes som "en anden" og dermed direkte eller analogt er omfattet af arvelovens bestemmelse, således at forsætlig fremkaldelse af abort på en uvidende kvinde med henblik på, at gerningsmanden opnår arveret i stedet for fosteret, kan medføre fradømmelse af arveretten.

<sup>57</sup> Samme konklusion vedrørende den norske lov om psykisk helsevern, hvis betingelser svarer til psykiatrilovens, drages af Aslak Syse: *Abortloven: Juss og verdier*, Oslo, 1993, p. 157. I svensk ret betragtes fosteret heller ikke som en selvstændig person, således forudsætter tvangsbehandling af gravide misbrugere, at kvinden har et selvstændigt omsorgsbehov,

Straffelovens nødretsbestemmelse, jf. § 14, kan også have en betydning for bedømmelsen af, hvorvidt man tvangsmæssigt kan behandle en gravid kvinde, idet en behandling uden samtykke eller hjemmel kan være omfattet af straffelovens §§ 250 og 260.<sup>58</sup> Bestemmelsen om nødret foreskriver, at en handling, der ellers ville være strafbar, ikke straffes, når den var nødvendig til afværgelse af truende skade på person eller gods, og lovovertrædelsen må anses for at være af forholdsvis underordnet betydning.

Sundhedslovens bestemmelser om selvbestemmelsesret i særlige situationer må dog ud fra *lex specialis* synspunkter gå forud for straffelovens bestemmelse om nødret, således at en læge inden for grænserne af straffelovens § 239 må respektere den gravide kvindes ønsker, i hvert fald for så vidt angår fare, der er relateret til kvinden selv.<sup>59</sup> Spørgsmålet er herefter, om fosteret kan betragtes som en person eller et gode i § 14's forstand. I straffeloven indtræder beskyttelsen ved fødslen. Den kommenterede straffelov anfører, at Krabbe antager, at beskyttelsen indtræder, når barnet begynder at komme ud af moderens liv, mens Hurwitz og Waaben vil lade fødselsaktens begyndelse være skæringstidspunktet. Den kommenterede straffelov anfører, at sidstnævnte synspunkt synes bedst foreneligt med § 238, idet fødsel må forstås som at blive født og ikke at føde.<sup>60</sup> Sondringen kan have stor betydning for, om fosteret er en person i § 14's forstand,<sup>61</sup> og man derved med henvisning til nødretsbetragtninger kan foretage et tvangsmæssigt kejsersnit i en situation, hvor fødslen er i gang, men ikke kan fuldføres naturligt, uden at fosteret skades eller dør.<sup>62</sup> Indtræder straffelovens beskyttelse ved fødselsaktens be-

---

se Åke Saldeen: *Några frågor om 'ofödda barns' rättsskydd* i Kirsti Strøm Bull, Viggo Hagstrøm & Steinar Tjomsland (ed.): *Bonus Pater Familias – Festskrift til Peter Lødrup*, Oslo, 2002, p. 577-602 (580-581) og SOU 1987:11 *Skydd för det väntade barnet, Delbetänkande av utredningen om det ofödda barnet*, Justitiedepartementet, Stockholm, 1987.

<sup>58</sup> Men derimod ikke af bestemmelserne om vold i §§ 244-246, se Vagn Greve, Asbjørn Jensen, Gorm Toftegaard Nielsen: *Kommenteret straffelov, Speciel del*, 8. omarbejdede udgave, København, 2005, p. 325 og Jørgen Trolle: *Lægeansvaret i UfR 1959B.9-14* (11).

<sup>59</sup> Medvirker en læge til, at kvinden dræber sit barn under fødslen, jf. straffelovens § 238, henføres forholdet til § 237.

<sup>60</sup> Vagn Greve, Asbjørn Jensen, Gorm Toftegaard Nielsen: *Kommenteret straffelov, Speciel del*, 8. omarbejdede udgave, København, 2005, p. 307.

<sup>61</sup> Og kan således næppe karakteriseres som "ubetydelig", sådan som det er tilfældet i Jørgen Rønnow Bruun, Nina Lassen og Lars Adam Rehof: *Fosterets retsstilling i UfR 1985B.180-192* (note 26).

<sup>62</sup> Visse goder kan aldrig ofres i en nødretssituation, således er det ikke tilladt at dræbe et menneske for at redde andres liv, se Vagn Greve, Asbjørn Jensen, Gorm Toftegaard Nielsen: *Kommenteret straffelov, almindelig del*, 8. omarbejdede udgave, København, 2005, p. 162. Derimod kan et foster aborteres efter nødretsbetragtninger, jf. sundhedslovens § 93 – i dette

gyndelse, taler dette for, at fosteret i nogle tilfælde kan betragtes som en person eller et gode i § 14's forstand. På den anden side er valg af en bestemt fødselsmetode dog, som nævnt, ikke påkrævet efter straffelovens § 251, ligesom det efter sundhedslovens § 93 altid er muligt for lægen straffrit at foretage abort af hensyn til kvindens liv og helbred, uanset hvor langt henne i svangerskabet kvinden er. Begge dele taler for, at fosteret ikke er en person i § 14's forstand, i hvert fald ikke når hensynet til kvindens liv er på spil.

Er der tale om at udføre et kejsersnit i strid med kvindens ønske for at redde fosteret, og indgrebet i øvrigt ikke må antages at udsætte kvinden for nævneværdige risici, er det ligeledes uklart, om fosteret i en sundhedsretlig kontekst kan kategoriseres som en individualiseret person. Patientklagenævnet har i en sag fra 2002<sup>63</sup> bedømt spørgsmålet om kejsersnit uden samtykke. Nævnet fandt ikke i den konkrete sag, at bestemmelserne om information og samtykke var overtrådt, men fandt derimod, at journalføringspligten i autorisationslovens § 21 var overtrådt, idet der ikke var blevet noteret, hvilken information kvinden havde modtaget. Nævnet anfører i sin afgørelse:

”Nævnet kan oplyse, at mange af de ting, som sker på en fødestue, sker akut af hensyn til fremdriften i fødselsforløbet og af hensyn til moderen og barnets helbred, f.eks. vil der sjældent være tid til nærmere at forklare virkningerne ved anlæggelse af sugekop, såfremt baggrunden for anlæggelsen er truende iltmangel inden i livmoderen. På baggrund af ovennævnte finder nævnet det ikke tilstrækkelig godtgjort, at <\*\*\*\*> – under de givne omstændigheder – modtog utilstrækkelig information om kejsersnit, eller at der blev foretaget kejsersnit uden hendes samtykke. Nævnet finder imidlertid, at overlæge <\*\*\*\*>, som ansvarlig for kejsersnittet, burde have journalført den information, som <\*\*\*\*> fik.”

Nævnet synes således at tillægge hensynet til fosterets/barnets helbred og de akutte omstændigheder så stor vægt, at kravene til den information, man som patient har ret til at modtage før afgivelse af samtykke, kan være mindre, end det ellers ville være tilfældet i andre situationer. Er der tale om en så akut situation, at valgmuligheden forsvinder (fordi fosteret dør), mens der gives grundig information, kan mængden af information således afpasses til de særlig akutte omstændigheder. Det foster, der *er ved at blive født*, synes således at have en særlig retsbeskyttelse, der muligvis er på linje med det fødte barns status.

Sagens konklusion synes at være i modstrid med sundhedslovens § 16, stk. 3 og 4, idet loven i øvrigt kun giver mulighed for at behandle uden et informeret samtykke i akutte situationer, når det drejer sig om en patient, der midlertidigt eller varigt ikke er i stand til at give samtykke, jf. § 19. For at

---

tilfælde vil der dog kun være en ret til at fjerne fosteret fra livmoderen og ikke nødvendigvis til at dræbe det (jf. nærmere kapitel 3 om Judith Jarvis Thomson' sontring og kapitel 4)

<sup>63</sup> Sagsnummer 0233313, se <www.pkn.dk>.

forklare, på hvilket grundlag det foster, der er ved at blive født, alligevel kategoriseres som en person, og på hvilket grundlag kvindens selvbestemmelsesret tilpasses situationen, kunne man pege på det, Richard Huxtable kalder *sanctity of life* doktrinen.<sup>64</sup> I en britisk sag<sup>65</sup> modsatte forældrene sig af religiøse grunde at lade deres siamesiske tvillinger adskille ved en operation. Uden en adskillelse ville begge børn dø i løbet af få måneder, og hvis man adskilte dem, ville den ene tvilling overleve. Court of Appeal anerkendte, at to retlige personligheters rettigheder var på spil i dette spørgsmål, og afvejningen mellem de to måtte derfor identificere "*the lesser of the two evils and so [find] the least detrimental alternative*". Det afgørende for dommens udfald blev således at afdække konsekvenserne af de to muligheder og viser en præference for at redde ét liv frem for at miste to liv.<sup>66</sup> Efter et tilsvarende *sanctity of life*-rationale kunne man anføre, at et tvangsmæssigt udført kejsersnit (såfremt dette ikke udsætter kvinden for væsentlig større risiko end et kompliceret og langtrukket fødselsforløb) kan udføres, idet indgrebet udgør det mindst skadelige alternativ, hvor fosterets liv reddes frem for at mistes. I den nævnte sag fra Patientklagenævnet havde kvinden dog ikke direkte nægtet eller protesteret mod indgrebet.

Spørgsmålet om tvangsmæssig behandling af gravide kvinder har ikke været rejst ofte i dansk praksis. Det kan derfor være nyttigt at inddrage komparative aspekter og se nærmere på fremmed ret, hvor der findes adskillige sager. I alle de udvalgte domme forholder det sig således, at det informerede samtykke til behandling er et grundlæggende princip i den pågældende retsorden, og det vil derfor være relevant at afdække, hvilke retlige argumenter der i udenlandsk retspraksis har kunnet tilsidesætte dette grundlæggende sundhedsretlige princip.

### 2.3.3. Tvangsmæssig behandling i fremmed ret

I britisk ret blev spørgsmålet om en voksen persons afvisning af behandling med blod første gang afgjort i sagen *Re T*,<sup>67</sup> og denne sag banede vejen for, at fosteret muligvis ville kunne opnå en retlig position.

---

<sup>64</sup> Richard Huxtable: *D(en)ying Life: The Sanctity of Life Doctrine in English Law*, Retfærd 98, nr. 3/2002, p. 60-81.

<sup>65</sup> *Re A* (conjoined twins: surgical separation) [2000] 4 All ER 961.

<sup>66</sup> Denne doktrin ses også afspejlet i sundhedslovens § 95, stk. 1 og 2, hvor der kan fosterreduceres på sunde fostre for at nedsætte risikoen for skade eller for tidlig fødsel for de tilbageblevne fostre. Se nærmere kapitel 4.

<sup>67</sup> *Re T* [1992] 4 All ER 649, (1992) 9 BMLR 46, CA.

En gravid kvinde, der havde været involveret i et biluheld, underskrev efter at have talt med sin mor en afvisning af at ville modtage behandling med blod, da hun tilhørte trossamfundet Jehovas Vidner. Efter at et dødfødt barn blev født med kejsersnit, forværredes kvindens tilstand, og man søgte herefter om domstolens tilladelse til at give blod med henvisning til, at det åbenlyst var i kvindens egen interesse. Denne tilladelse fik man, selvom domstolen, også Court of Appeal, fastslog, at en voksen, habil person har en ubetinget ret til at samtykke til, afvise eller vælge en anden behandling, uanset om *"the reasons for making the choice are rational, irrational, unknown or even non-existent"*, idet den eneste mulige indskrænkning i dette princip var tilfælde, hvor valget kunne medføre, at et levedygtigt foster ville dø.

Tilladelse til behandlingen blev, på trods af den principielle anerkendelse af selvbestemmelsesretten, givet med henvisning til, at kvindens mentale tilstand var blevet forværret i en sådan grad at hun ikke kunne foretage et gyldigt valg mellem at dø og at modtage behandling med blod, ligesom der blev lagt vægt på, at hendes samtykke kunne være afgivet under utilbørlig indflydelse fra moderen og evt. religiøse vejledere.

Hvorvidt hensynet til fosteret kunne indskrænke den habile persons ubetingede ret til at afvise behandling, blev kort efter rejst i sagen Re S,<sup>68</sup> hvor der blev søgt om domstolens tilladelse til at udføre kejsersnit på en kvinde, der havde været i fødsel i 2 dage, men som nægtede at modtage behandlingen med henvisning til religiøse grunde, uanset at lægen frygtede for såvel hendes som fosterets liv. Retten gav sin tilladelse til indgrebet, men med sparsom juridisk begrundelse.<sup>69</sup> Det er således uklart, hvordan hensynet til fosteret, som ifølge britisk ret ikke er kategoriseret som en retlig person, der kan være indehaver af rettigheder, alligevel kunne begrunde denne beslutning.<sup>70</sup> Sagen er et eksempel på eller kan fortolkes sådan, at når der er tale om et

---

<sup>68</sup> Re S [1992] 4 All ER 671, (1992) 9 BMLR 69.

<sup>69</sup> Begrundelsen for afgørelsen lød således "I propose to make the declaration which is sought. I do so in the knowledge that the fundamental question appears to have been left open ... in re T ..., and in the knowledge that there is no English authority which is directly in point. There is, however, some American authority which suggests that if this case were being heard in the American courts the answer would be likely to be in favour of granting a declaration in these circumstances ... I do not propose to say more at this stage, except that I wholly accept the evidence of the surgeon as to the desperate nature of this situation, and that I grant the declaration as sought, which will include provision for the necessary consequential treatment in addition to the Caesarean operation."

<sup>70</sup> At hensynet til fosteret var et afgørende hensyn for dommens udfald afspejles i præmisserne, "The evidence of the surgeon is that we are concerned with "minutes rather than hours" and that it is a "life and death" situation. He has done his best, as have other surgeons and doctors at the hospital, to persuade the mother that the only means of saving her life, and also I emphasise the life of her unborn child (min udhævning), is to carry out a Caesarean section operation".



”ønskebarn”, vil retten blive fortolket sådan, at dette formål også opfyldes. I dette lys illustrerer sagen en tilslutning til en formålsafhængig status.

I *Re MB*<sup>71</sup> blev det slået fast, at en gravid kvinde har ret til at udøve samme grad af autonomi som alle andre, når hun var myndig og habil. I denne sag var kvinden bange for nåle, og hun blev erklæret for inhabil, hvorefter kejsersnit kunne gives som tvangsmæssig behandling.

I *St. George's Healthcare NHS Trust v. S, Regina v. Collins and Others, ex parte S*<sup>72</sup> var en gravid kvinde, der ikke før havde opsøgt svangreomsorg, blevet tilrådet induceret fødsel af hensyn til hendes og det ufødte barns liv. Domstolen havde tilladt, at der blev udført kejsersnit i strid med kvindens ønsker. Court of Appeal var dog ikke enig og udtalte om brugen af psykiatrilovgivningen til at behandle en ellers rask kvinde, at den britiske Mental Health Act ikke kunne bruges til at tilbageholde en person mod hendes vilje, blot fordi hendes tankegang var usædvanlig, måske endda bizar eller irrationel og i modstrid med de synspunkter, der ellers var fremherskende i samfundet. Endvidere lød det om afvejningen mellem kvinde og foster, at *“even when his or her own life depended on receiving medical treatment, an adult of sound mind was entitled to refuse it; that, although pregnancy increased the personal responsibilities of a woman, it did not diminish her entitlement to decide whether to undergo medical treatment; that an unborn child was not a separate person from its mother and its need for medical assistance did not prevail over her right not to be forced to submit to an invasion of her body against her will, whether her own life or that of her unborn child depended on it”*.

Om norsk ret skriver Aslak Syse,<sup>73</sup> at det er antaget, at kejsersnit ikke bør udføres mod kvindens vilje i situationer, hvor det er vitalt for barnets liv og sundhed at blive forløst ved kejsersnit. Syse tilslutter sig dette synspunkt med henvisning til, at kejsersnit ikke er et risikofrit indgreb og må opfattes som klart integritetskrænkende. Han mener dog ikke, at den læge, der trods kvindens protester gennemfører indgrebet, vil kunne straffes med henvisning til nødretsbetragtninger, idet lægen efter hans opfattelse har en ret til at varetage fosterets interesse i at blive født levende. Man kan således argumentere for, at man i tråd med abortregulerings mulighed for etisk forbehold må give et vist råderum til de sundhedspersoner, der befinder sig i et sådant uløseligt dilemma. Om sultestrejke anfører Syse, at det er almindeligt anta-

---

<sup>71</sup> *Re MB* [1997] 8 Med LR 217, (1997) 38 BMLR 175, CA.

<sup>72</sup> *St. George's Healthcare NHS Trust v. S, Regina v. Collins and Others, ex parte S* [1999] Fam 26, (1998) 44 BMLR 194.

<sup>73</sup> Aslak Syse: *Abortloven: Juss og verdier*, Oslo, 1993, p. 155.

get, at der findes et retsgrundlag for at gribe ind med tvangsfodring ud fra nødretsbetragtninger, hvis sultestrejken bliver livstruende.<sup>74</sup> Efter Syses opfattelse kan der gribes tidligere ind, når det drejer sig om en gravid sultestrejkende.

For så vidt angår sultestrejke, må bestemmelsen i den danske sundhedslov betyde, at man ikke kan iværksætte tvangsfodring, heller ikke over for en gravid kvinde. Hvis sultestrejken bliver livstruende eller helbredstruende, må lægen vurdere, om psykiatrilovens § 5, jf. §§ 10 og 13 er opfyldt. Der er således eksempler på, at anoreksi-patienter befandt sig i en tilstand, der kunne sidestilles med sindssyge,<sup>75</sup> og lignende kunne således være tilfældet for nogle sultestrejkende patienter. Det vil dog være påkrævet, at den gravide kvinde indlægges på en psykiatrisk afdeling, at betingelserne for tvangsbehandling er opfyldt, og at tvangsernæring er nødvendig for at redde patientens liv, eller en undladelse vil medføre alvorlig risiko for patientens liv eller helbred.<sup>76</sup>

Efter min opfattelse kan tvangsfodring kun overvejes ud fra hensynet til kvinden selv, og en gravid og ikke gravid kvinde er i denne sammenhæng ligestillede i vurderingen af, hvorvidt der kan anvendes tvangsmæssige foranstaltninger. I dette tilfælde er fosteret ikke en retlig personlighed, hvis interesser er varetaget.

#### *2.3.4. Behandling af gravide kvinder i permanent vegetativ tilstand*

Når en gravid kvinde dør, mister fosteret også sin mulighed for livet. Hvis fosteret utvivlsomt havde en ret til livet, kunne man forestille sig, at en læge muligvis havde en tilsvarende pligt til at holde en gravid kvinde, der er i koma, i permanent vegetativ tilstand, hjernedød eller hjerneskadet – og som ellers ville dø – i respirator, indtil barnet kunne forløses.<sup>77</sup> Men den centrale pointe i retten til liv er jo netop, at man som udgangspunkt ikke *forsætligt* må berøves livet, hvilket staten aktivt skal sørge for i form af politi, efterforskning, kriminalisering af forsætligt drab, retsforfølgelse o. lign. (det var som tidligere nævnt netop denne beskyttelse, klageren i Vo-sagen ønskede

---

<sup>74</sup> Til støtte for dette synspunkt kan i øvrigt nævnes *Herczegfalvy v. Austria*, application no. 10533/83 af 24. september 1992, hvor EMD afviste, at tvangsfodring af en sultestrejkende fange havde krænket art. 3 og 8.

<sup>75</sup> Se eksempelvis Patientklagenævnets afgørelse 0234607, <[www.pkn.dk](http://www.pkn.dk)>.

<sup>76</sup> Se bekendtgørelse nr. 1404 af 14/12/2004 om tvangsbehandling, fiksering, tvangsprotokoller m.v. på psykiatriske afdelinger, § 7.

<sup>77</sup> Læger har været i stand til at holde et foster i live i en hjernedød kvinde i op til 107 dage, se I.M. Bernstein et al.: *Maternal Brain Death During Pregnancy and Prolonged Fetal Survival* i *Obstetrics and Gynecology* 74/1989, p. 434-437.

for sit foster). Retten til liv er altså en negativ rettighed, dvs. en frihed til at nyde rettigheden uden indblanding, mens staten dog også kan være pålagt positive forpligtelser for at sikre beskyttelsens implementering.<sup>78</sup> Sådanne positive forpligtelser har EMD indfortolket i retten til liv ud fra *effet utile*-princippet, selvom det ikke følger umiddelbart af bestemmelses ordlyd.<sup>79</sup>

At der er tale om en negativ rettighed, eventuelt med de positive forpligtelser der kan følge af *effet utile*-hensyn, betyder også, at man ikke har ret til at få stillet en andens krop til rådighed, selv ikke hvis denne krop er den nødvendige betingelse for ens egen fortsatte eksistens eller eksistensmulighed. Inden for den fagfilosofiske litteratur har Judith Jarvis Thomson<sup>80</sup> illustreret denne pointe med violinist-eksemplet, der blev præsenteret i kapitel 3. Anlægger man hendes synsvinkel eller opfattelse af retten til liv, kan statens positive forpligtelser ikke indebære, at staten med magt bruger et individs krop af hensyn til et andet beskyttet individ/retsgode. Herved må en ret til fri abort principielt anerkendes, men er der tale om en hjernedød kvinde, er hensynet til kvinden selvsagt et andet. I dette tilfælde kan kvinden efter omstændighederne kategoriseres som afdød, og hendes status ændrer derfor karakter.

Der findes flere eksempler fra fremmed ret på, at kvinder – der ellers ville være afgået ved døden – er blevet holdt i respirator og givet sondeernæring af hensyn til fosteret.

I den amerikanske *University Health Services, Inc. v. Piazzi*<sup>81</sup> var en kvinde gravid i 5. måned da hun blev fundet bevidstløs og i koma. Efter en måned blev hun erklæret hjernedød. Kvindens ægtemand ønskede at afbryde respiratoren, mens fosterets biologiske far ønskede, at hospitalet skulle fortsætte brug af respirator, indtil fosteret var levedygtigt. Hospitalet indbragte sagen for domstolen, der afsagde kendelse om fortsat brug af respirator med den begrundelse, at kun den gravide kvinde havde ret til at afbryde svangerska-

---

<sup>78</sup> Se fx *Byrzykowski v. Poland*, application no. 11562/05 af 26. juni 2006, hvor det var en krænkelse af art. 2, at de polske myndigheder havde udvist for stor passivitet med hensyn til at foretage en strafferetlig undersøgelse af en hospitalsfejl, der havde medført, at sagsøgerens hustru døde i forbindelse med fødslen af et barn, som også pådrog sig permanente skader.

<sup>79</sup> P. van Dijk, G.H.J. van Hoof: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3. udgave, den Haag, 1998, p. 74.

<sup>80</sup> Judith Jarvis Thomson: *A Defence of Abortion* i *Philosophy and Public Affairs*, Fall 1971, p. 47-66. For en mulig kritik af Thomsons argumentation se Ronald Dworkin: *Life's Dominion*, New York, 1993, p. 54.

<sup>81</sup> *Georgia Superior Court, Richmond County - University Health Services v. Robert Piazzi* (Docket No. CV86-RCV-464), 4 August 1986 (se *Issues in Law and Medicine* 2(5): 415-418, March 1987).

bet, og at *"public policy requires the maintenance of life support systems for a brain dead mother as long as there exists a reasonable possibility that the fetus may develop and survive"*. Efter seks uger blev fosteret født ved kejsersnit, og kvindens respirator blev slukket. Drengen levede kun en dag.<sup>82</sup>

I den tyske "Erlanger Baby"-sag fra 1992<sup>83</sup> kørte en 18-årig kvinde, der var gravid i 13. uge, ind i et træ. Lægerne fik hendes forældres tilladelse til at holde hende i respirator, og selvom hun et par dage efter blev erklæret hjernedød, beholdt lægerne hende i respirator, da man mente, at fosteret havde en god chance for at overleve. Forældrene gav modvilligt deres samtykke, og først efter at, de havde udtalt sig kritisk i medierne. Tysk ret forholder sig ikke til dette spørgsmål, og debatten om, hvorvidt de maskiner, der holdt kvinden i live skulle slukkes, blev derfor overvejende en etisk debat, der var stærkt præget af tyskernes fortid under 2. verdenskrig og overvejelser om behandlingens forenelighed med den respekt for menneskelivets værdighed og ukrænkelighed, der siden blev en del af den tyske forfatning. Kvindens forældre var ved domstolen blevet udpeget som værger efter den tyske Betreuungsgesetz, der ligesom den danske værgemålslov regulerer voksne inhabiles interesser. De skulle varetage fosterets interesser, hvilket var en normal procedure, når det gjaldt gravide kvinder i koma, og de skulle således høres, inden eventuelle beslutninger blev truffet. Fosteret blev imidlertid aborteret spontant, og forældrene nægtede at give samtykke til obduktion af såvel kvinden som fosteret, idet de gjorde gældende, at deres samtykke til behandlingen blev afgivet under pres, eftersom lægerne havde oplyst, at de risikerede at miste værgemålet, hvis de nægtede at give deres samtykke.

Aslak Syse<sup>84</sup> anfører, at det i den tyske sag var uetisk at bruge den døde kvindes legeme som en rugekasse; selv i situationer, hvor den gravide selv eller ægtefællen har udtrykt ønske om en efterkommer efter afdøde, eller det drejer sig om et kortere tidsrum, bør svangerskabet afbrydes, når den gravide kvinde dør, således at fosteret også dør med kvinden, hvis det ikke er levedygtigt. Retsordenen hviler således på en grundlæggende holdning om interessefællesskab mellem kvinde og foster,<sup>85</sup> hvor kategoriseringen af kvin-

---

<sup>82</sup> I common law-landene er der flere eksempler på sådanne afgørelser, se Daniel Sperling: *Management of Post-Mortem Pregnancy*, Aldershot 2006, kapitel 5.

<sup>83</sup> Amtsgericht Hersbruck XVII 1556/92, Beschluss vom 16. Oktober 1992. Se også nærmere Christoph Anstötz: *Should a brain-dead pregnant woman carry her child to full term? The case of the "Erlanger Baby"* i *Bioethics*, vol. 7, no. 4, July 1993, p. 340-350 og Peter Singer: *Rethinking Life & Death*, Oxford, 1994, p. 12-16.

<sup>84</sup> Aslak Syse: *Abortloven: Juss og verdier*, Oslo, 1993, p. 155.

<sup>85</sup> Aslak Syse: *Abortloven: Juss og verdier*, Oslo, 1993, p. 154.

## Kapitel 5

den som en retlig person i tråd med den traditionelle personretlige opfattelse medfører, at fosteret som konsekvens heraf betragtes som noget accessorisk til kvinden.

Man kan også overveje om det modsat faktisk slet ikke er tilladt for lægen at holde den hjernedøde kvinde i respirator, når det ud fra et lægefagligt synspunkt, i forhold til hende som patient, er en udsigtsløs og overflødig behandling. Her kan det have en betydning, at hjernedøden er et dødskræterium, der er sidestillet med hjertedøden, og den strafferretlige beskyttelse af den døde krop kan derfor sætte grænser for, hvordan man må behandle den døde (idet reglerne om transplantation og obduktion således må opfattes som særlovgivning med særlig hjemmel til indgreb på døde kroppe).

Man kan også anføre, at døde ikke har nogen autonomi, om end der stadig kan være et hensyn at tage hertil i det omfang kvinden fx ved livstestamente har tilkendegivet, at hun ikke ønsker livsforlængende behandling. At man faktisk har en ret til at træffe dispositioner over sin krop efter dødens indtræden, kunne tale for, at man også har ret til som kvinde at disponere over sit foster, og dermed anmode om at blive holdt i respirator af hensyn til fosteret. EMD har både i *Burke v. UK*<sup>86</sup> og *Pretty v. UK*<sup>87</sup> udtalt, at art. 8 principielt også i ekstreme situationer kan omfatte "*how one manages one's death*". På den anden side har man som patient ikke ret til at få en bestemt behandling, da en behandling skal være lægefagligt forsvarlig, ligesom man heller ikke i alle tilfælde kan træffe beslutninger i et livstestamente, der er bindende for lægen.<sup>88</sup>

At afdøde ikke skal kunne få børn, er klart tilkendegivet i forbindelse med kunstig befrugtning, idet befrugtede og ubefrugtede æg skal destrueres, hvis kvinden dør, ligesom befrugtede æg og sæd skal destrueres, hvis manden dør,<sup>89</sup> jf. befrugtningslovens §§ 15, stk. 2 og 3 og 19. Derudover må man

---

<sup>86</sup> Decision as to the admissibility application no. 19807/06 af 11. juli 2007, punkt 1 under "the law" (unummererede præmisser).

<sup>87</sup> Application no. 2346/02 af 29. april 2002, pr. 61-67

<sup>88</sup> Jf. sundhedslovens § 26.

<sup>89</sup> I den britiske Human Fertilisation and Embryology Act er det endda fastslået i section 28 (6) b, at hvis en mands sæd bruges efter hans død, skal barnet betragtes som faderløst. Denne bestemmelse synes dog problematisk i forhold til Børnekonventionens art. 7 (1) og 8 (1). I sagen *R v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood* [1997] 2 All ER 687 fik en enke, der havde eksporteret den afdøde ægtefælles sæd til udlandet med henblik på insemination, da også medhold i, at den afdøde ægtemand skulle registreres som barnets far. En kritisk analyse af sagen kan ses i Derek Morgan & Robert G. Lee: *In the Name of the Father? Ex parte Blood: Dealing with Novelty and Anomaly* i *Modern Law Review* 1997, 60:6, p. 840-856.

heller ikke bruge afdødes kvinders æganlæg og æggestokke, jf. lovens § 10. Man har således andre steder i lovgivningen taget stilling til, at afdøde ikke skal kunne blive forældre, hvilket er et yderligere argument for, at det heller ikke i dansk ret vil være tilladt at holde en gravid hjernedød kvinde i respirator alene af hensyn til fosteret.

#### **2.4. Opsamling**

Analysen i dette afsnit har afdækket den retlige kategorisering af fosteret under svangerskabet i situationer, der ikke relaterer sig til abort. Der kan på den baggrund identificeres en række mulige kategorier.

For det første afspejler de menneskeretlige rammer for retten til liv i denne kontekst en grundlæggende sondring mellem kategorierne fødte børn og fostre in vivo. Hvorvidt den menneskeretlige beskyttelse af fosteret indtræder ved fødslen eller ved fosterets levedygtighed, er dog omdiskuteret, og ikke et spørgsmål, der er taget udtrykkelig stilling til. Man kan dog argumentere for, at fosterets status i vidt omfang er knyttet til kvindens selvbestemmelsesret, og det forudsættes derfor, at fosteret – i det omfang kvinden selv kategoriserer fosteret som et kommende barn – beskyttes via sin tilstedeværelse i kvindens krop. Denne kategorisering kan man betegne sådan, at fosteret har en formålsafhængig status.

I sagen *Vo v. France* var fosteret dog ikke beskyttet af retten til liv, selvom kvinden ønskede denne beskyttelse for sit foster og på grund af forældelse ikke havde andre muligheder for at gøre beskyttelsen af fosteret gældende. Sagen udtrykker, at fosteret in vivo i denne kontekst ikke klassificeres i kategorierne levedygtig og ikke-levedygtig. Ligeledes var det uden betydning, at fosterets formål i henhold til kvindens opfattelse var fødslen af et barn. Derimod blev der lagt vægt på den mekanisme, hvor fosteret kan beskyttes gennem kvindens rettigheder. I den forstand betragtes fosteret som et biologisk appendiks til kvinden.

Spørgsmålet om kategoriseringen af fosteret er dog i høj grad overladt til et nationalt skøn med henvisning til den pluralisme, der hersker i opfattelsen af fosterets etiske status. I dansk ret bygger retsordenen på, at fosteret har en vis grundlæggende status, da regulering af svangerskabsafbrydelse ellers ville være ufornudden. I den forstand udgør fosteret ikke blot et biologisk appendiks til kvinden, idet hun ikke selv frit kan råde over, hvorvidt fosterets udvikling til et barn kan afbrydes. Dette er dog ikke ensbetydende med, at der er en ret til at gennemtvinge, at fosteret fødes i live.

Den identifikation mellem kvinde og foster, som blev udtrykt i Vo v. France, ses også i dansk ret i forbindelse med de retlige rammer for tvangsbehandling og tvangsfodring, hvor der ikke kan anvendes tvang af hensyn til at redde fosterets liv, ligesom fosterets liv må gå til grunde sammen med kvinden, idet hun ikke kan holdes kunstigt i live af hensyn til fosteret. I denne kontekst kategoriseres fosteret, ligesom i Vo-sagen, også som et biologisk appendiks til kvinden.

På et enkelt område er klassifikationen af in vivo-fosteret dog konkretiseret yderligere. Det foster, der er *ved at blive født*, kan således identificeres som en kategori, der giver en individualiseret status, og hvor hensynet til kvindens selvbestemmelsesret efter omstændighederne kan tilsidesættes for at realisere fosterets formål som et barn.

### 3. Retten til sundhed og behandling

#### 3.1. Retten til at blive født sund?

Overordnet kan fosterets interesse i at blive født sund udspille sig inden for to scenarier baseret på enten et harmoni- eller et konfliktbaseret udgangspunkt. Der kan enten være harmoni eller konflikt mellem fosterets og kvindens interesser, eller der kan være en konflikt mellem de ønsker, som kvinden har til sin livsførelse som gravid, og de forestillinger, samfundet har om det sunde og gode svangerskab.

Sammenhængen mellem den gravides vaner og påvirkning af fosteret er et vidensområde, der er i stærk udvikling. At den gravides brug af alkohol, tobak og euforiserende stoffer har en indvirkning på fosterets sundhed, har længe været kendt og afspejles også i de tilbud og den information, der gives til gravide kvinder.

Men dette er ikke det eneste område, hvor fosterets ret til sundhed er et fokusområde. I medfør af arbejdsmiljølovgivningen har en arbejdsgiver pligt til at vurdere, om udførelsen af arbejdet kan medføre en risiko eller fare for fosteret, og om nødvendigt omplacere den gravide til andre opgaver.

Fosterets ret til sundhed kommer i et globalt perspektiv nok klarest frem som et problematisk og svært område at regulere i forhold til sammenhængen mellem kvindens dårlige ernæring og de deraf følgende skader på fosteret. I udviklingslandene kan under- og fejlnæring således føre til alvorlige skader og sygdomme, eksempelvis hjerneskade, lav fødselsvægt, diabetes m.m., som følge af moderens manglende tilgang til en sund og ernæringsrigtig kost. Derudover kommer der vedvarende ny viden om forhold, der

påvirker fosteret, således påvirker stress under graviditeten eksempelvis udviklingen af fosterets hjerne, og potentielt vil der altså opstå mange situationer, hvor den gravide kvinde ikke er i stand til at modvirke den negative påvirkning, idet den stammer fra udefrakommende forhold eller livsvilkår. Fosterets ret til at blive født sund hænger således også sammen med, i hvor høj grad kvinden har ret til et sundt svangerskab. Kvindens ret til et sundt svangerskab er primært udmøntet i retten til svangreomsorg, der blev vedtaget i 1945 (svangerskabshygienloven), som gav kvinder ret til 3 lægebesøg og 7 jordemoderbesøg i forbindelse med graviditeten. Retten til svangreomsorg fremgår nu af sundhedsloven og fremstår som en integreret del af de sundhedsydelser, loven giver ret til.

I en sag fra Ankestyrelsen var en kvinde, der led af Følings Syge berettiget til at få dækket merudgifterne til ekstra diætkost i forbindelse med graviditet. Ankestyrelsen lagde bl.a. vægt på, at merudgiften var nødvendig ved forsørgelsen og var en følge af hendes lidelse, da fosteret ellers blev misdannet og retarderet.<sup>90</sup> Retten til svangreomsorg har således både en sundhedsretlig og socialretlig forankring.

Fosterets ret til sundhed over for kvindens autonomi og de forpligtelser, man evt. lovgivningsmæssigt kan pålægge hende, der indskrænker hendes autonomi, må således ses i et bredere perspektiv end blot de narkotika- og alkoholskadede nyfødte, som oftest fremhæves i den offentlige debat.<sup>91</sup>

### *3.1.1. Ret til sundhed*

Dette afsnit vil belyse om og evt. i hvilket omfang fosteret har en ret til sundhed i medfør af de menneskeretlige rammer, idet retten til sundhed, som skitseret i kapitel 2 og 3, er en figur, der i vid udstrækning er udviklet i international ret.<sup>92</sup> Da rettighedsbegrebet som nævnt i kapitel 3 også omfatter retsbeskyttelse, der er afledt fra fx kvindens rettigheder, bliver spørgsmålet om fosterets ret til sundhed også et spørgsmål om, i hvilket omfang kvinden har rettigheder. Fosterets eventuelle ret til sundhed er således nært

---

<sup>90</sup> Se Ankestyrelsens afgørelse af 2. august 2001 i jr.nr. 350032-01, <[www.dsa.dk](http://www.dsa.dk)>.

<sup>91</sup> Se eksempelvis artiklen ”Mindst ét barn om dagen fødes med skader fra alkohol”, Politiken, 23. juli 2006, <[www.politiken.dk/VisArtikel.sasp?PageID=466887](http://www.politiken.dk/VisArtikel.sasp?PageID=466887)> /jul. 2006.

<sup>92</sup> Om den evt. folkeretlige forpligtelse for staten til at stille sundhedsydelser til rådighed for borgerne se også Elisabeth Rynning: *God vård – en folkerättslig förpliktelse?* i *Mänskliga rättigheter i vården*, Stockholm, 1999, p. 7-20 og Mette Hartlev: *Syge har også rettigheder* i Stine Jørgensen, Helle Krunke, Mette Hartlev og Kirsten Ketscher (red.): *Nye retlige design*, København, 2003, p. 51-63. Retten til sundhed og social og medicinsk hjælp fremgår i øvrigt også af Den Europæiske Socialpakt art. 11 og 13.



## Kapitel 5

knyttet til moderens selvbestemmelsesret, men også til i hvor høj grad den gravide kvinde er tillagt en ret til et sundt svangerskab.<sup>93</sup>

Herefter vil en række konkrete situationer blive behandlet i de følgende afsnit, og relationen mellem kvinde og foster blive løbende inddraget.

FN's Verdenserklæring om menneskerettigheder foreskriver i art. 25, at *"enhver har ret til en sådan levestandard, som er tilstrækkelig til hans og hans families sundhed og velvære, herunder til føde, klæder, bolig og lægehjælp og de nødvendige sociale goder og ret til tryghed i tilfælde af arbejdsløshed, sygdom, uarbejdsdygtighed, enkestand, alderdom eller andet tab af for tjenstmulighed under omstændigheder, der ikke er selvforskyldt. Mødre og børn har krav på særlig omsorg og hjælp. Alle børn skal, hvad enten de er født i eller udenfor ægteskab, have den samme sociale beskyttelse"*. Det kan udledes, at den særlige beskyttelse for mødre og børn ikke kan udstrækkes til at gælde fosteret. Derimod kan fosteret være en faktor i familiens sundhed. Verdenserklæringen giver dog ikke svar på, hvordan denne ret skal fortolkes.

FN's Kvindekonvention foreskriver i art. 12.2, at der skal stilles sundhedsydelser til rådighed, om nødvendigt gratis, til gravide kvinder, ligesom der skal sikres tilstrækkelig ernæring under graviditet og amning. Fosteret er således i kraft af den beskyttelse, der ydes kvinden, givet en vis ret til sundhed under graviditeten. At det er hensynet til kvinden, der reelt er den beskyttede interesse, afspejler sig i art 16.1 (e), hvorefter en kvinde har ret til reproduktiv autonomi og til at udfolde sine reproduktive valg uden at blive diskrimineret. I CEDAWs General Recommendation nr. 24 af 02/02/1999 synes den skærpede forpligtelse til at stille sundhedsydelser til rådighed for gravide kvinder at være begrundet i, at graviditet og barnefødsel udgør et unikt karakteristika for kvinder, og derfor potentielt udgør en særlig fare for diskrimination.<sup>94</sup> At konventionens bærende princip er forbud mod forskelsbehandling af kvinder, fremgår også af præamblen.<sup>95</sup> Beskyttelsen af

---

<sup>93</sup> Se også nærmere Rebecca J. Cook, Bernard M. Dickens & Mahmoud F. Fathalla: *Reproductive Health and Human Rights*, Oxford, 2003, p. 158-165.

<sup>94</sup> Se særligt pkt. 1, 2, 6, 12 (a) og 27, <[www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/CEDAW+General+recom.+24.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/CEDAW+General+recom.+24.En?OpenDocument)> /aug. 2007.

<sup>95</sup> Se også Kirsten Ketscher: *Kvindekonventionen gælder i dansk ret* i Henrik Dam, Lise Dybdahl og Finn Taksøe-Jensen (red.): *Jura og historie – festskrift til Inger Dübeck som forsker*, København, 2003, p. 438-451.

fosterets sundhed<sup>96</sup> er således sekundær og virker kun i et harmoni-udgangspunkt, hvor kvinden bestemmer, at fosterets formål er en fortsat graviditet og i sidste ende et barn, og derfor drager omsorg for det og opsøger svangreomsorg. Omvendt ydes fosteret, hvis formål er at blive til et barn, et reelt værn mod sundhedsmæssig diskrimination, som følge af den gravide kvindes særlige status. Fosteret er således berettiget til at få stillet sundhedsfaglig omsorg til rådighed i kraft af sin relation til kvinden, selvom staten ikke er pålagt forpligtelser direkte i forhold til fosteret. Denne opfattelse genfindes som tidligere nævnt i Børnekonventionens art. 24 (2) d.

CESCR art. 12 anerkender *“the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health”*. For fuldt ud at realisere rettigheden er staten forpligtet til at tage de skridt, der er nødvendige for *“the reduction of the stillbirth-rate and of infant mortality and for the healthy development of the child”*, jf. art. 12.2 (a). Man kan argumentere for, at gravide kvinder som led i denne beskyttelse skal have stillet sundheds- og behandlingstilbud til rådighed, der specifikt er møntet på det foster, hvis formål er at blive til et barn.<sup>97</sup>

I EMRK kan man overveje flere bestemmelser i forhold til, om fosteret har en direkte eller indirekte ret til sundhed.

Art. 3, der foreskriver, at ingen må underkastes tortur eller umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf, kan efter omstændighederne yde beskyttelse til en person, der lider af en sygdom, og som står i risiko for en forværring af sygdommen, fx som følge af forholdene under en frihedsberøvelse, udvisning eller andre forhold som staten bærer et ansvar for.<sup>98</sup> Der kan således være en skærpet pligt til at tage vare på fosteret i situationer, hvor moderens autonomi ikke kan udfoldes frit, hvilket i relation til frihedsberøvelse i dansk ret har udmøntet sig i særlige bestemmelser for gravide indsatte. Bekendtgørelse nr. 374 af 17/05/2001 om sundhedsmæssig bistand til indsatte i kriminalforsorgens institutioner fastsætter således i § 10, at personalet straks skal orientere institutionens læge og give kvinden adgang til at tale med lægen, når det er oplyst, eller personalet formoder, at en kvindelig indsat er gravid. At der er tale om en forpligtelse, der indtræder allerede

---

<sup>96</sup> Det bemærkes, at retten til at få adgang til behandling også er optaget i Børnekonventionens art. 23 og 24, men som tidligere nævnt omfatter denne formentlig kun børn fra og med fødslen.

<sup>97</sup> Jf. art 2 og CESCR General Comment 14 UN doc. E7C.12/2000/4, pkt. 18-19.

<sup>98</sup> Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof, Tyge Trier, Nina Holst-Christensen og Jens Vedsted-Hansen: Den Europæiske Menneskeretskonvention – EMRK kommentar (art. 1-10), 2. udgave, København, 2003, p. 112.

ved en formodning, viser, at der er en skærpet forpligtelse til at tilvejebringe svangreomsorg.

I sagen *Tysiac v. Poland*<sup>99</sup> overvejede EMD, i hvilken udstrækning retten til privatliv i art. 8 også indebærer en ret til sundhedsydelser. Mens konventionen "*does not guarantee as such a right to any specific level of medical care*", så anfører EMD, at den i sin tidligere praksis har fortolket privatlivsbegrebet sådan, at en persons fysiske og psykiske integritet også er omfattet, og at staterne har en positiv forpligtelse til at sikre borgerne deres ret til effektiv respekt for denne integritet. Den gravide kvinde har altså i et vist omfang en ret til sundhed som en del af retten til privatliv, og fosteret kan således opnå en afledt status i kraft af kvindens rettighed.

Tilstrækkelig sundhedshjælp og omsorg i forbindelse med graviditet og fødsel udgør således en grundlæggende menneskerettighed for kvinden.<sup>100</sup>

### 3.1.2. Lægens forpligtelser over for et foster

Efter autorisationslovens § 17 er en læge som tidligere nævnt forpligtet til at udvise omsorg og samvittighedsfuldhed både over for kvinden og fosteret. Det betyder for det første, at lægen skal være opmærksom på, om en kvinde kan være gravid, og undersøge dette nærmere, hvis der er indikation herfor, inden der foretages undersøgelser på kvinden, der kan skade et eventuelt foster.

I en sag fra Patientklagenævnet (2005) var en kvinde blevet henvist til gynækologisk-obstetrisk afdeling med henblik på kikkertundersøgelse af livmoder, æggeledere og æggestokke. Kvinden havde sidst haft menstruation knap en måned før og oplyste, at hun kunne være gravid. Der blev foretaget en uringraviditetstest, der var negativ, og kikkertundersøgelsen blev herefter gennemført. Efterfølgende blev det påvist, at kvinden var gravid under undersøgelsen. Kvinden klagede derfor over, at hun ikke havde modtaget korrekt behandling, og at det ikke var blevet undersøgt i tilstrækkelig grad om hun var gravid, fx med en blodprøve, der er bedre egnet til at påvise en meget tidlig graviditet end en urinprøve. Patientklagenævnet fandt ikke, at lægen ikke havde udvist omhu og samvittighedsfuldhed. Derimod fandt nævnet, at det havde været hensigtsmæssigt, om lægen for at udelukke meget tidlig graviditet havde foranlediget, at der blev taget blodprøve til bestemmelse af eventuel graviditet.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> Se nærmere kapitel 4.

<sup>100</sup> Se også nærmere Gunnar Kvåle og Henriette Sinding Aasen: *Svangerskapsomsorg en menneskerett også for fattige kvinner* i Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter, nr. 4/2006 p. 291-300.

<sup>101</sup> Sagsnummer 0657818, se <www.pkn.dk>.

For det andet skal enhver behandlings forsvarlighed overvejes i forhold til begge parter. Når det gælder medicinsk behandling af kvinder, som er eller påtænker at blive gravide, skal ordination af lægemidler altid betragtes som en potentiel forøgelse af risikoen for fostret, og der skal derfor altid udvises streng tilbageholdenhed. I vurderingen af, om det er forsvarligt at udskrive et bestemt lægemiddel, har fosteret således en vis egen interesse, der giver forsvarlighedsvurderingen en anden karakter end for en tilsvarende kvinde, der ikke er eller påtænker at blive gravid. Hvis de behandlingsmæssige fordele for kvinden er så store, at man er nødt til at acceptere en risiko for fosteret, skal det ske på fornødent lægeligt ekspertiseniveau og i samråd med kvinden.<sup>102</sup> At lægen skal udvise omsorg for fosteret, afspejles også i sundhedslovens § 269, stk. 2, hvorefter en læges forsætlig afbrydelse af et svangerskab uden kvindens samtykke straffes med bøde.<sup>103</sup>

Lægens forpligtelser over for et foster kan således være af en lidt forskellig karakter. Hvis der er tale om en kvinde, der påtænker eller kunne være gravid, skal lægen tage særligt hensyn til dette. Er der derimod tale om en diagnosticeret graviditet, er lægens forpligtelser over for fosteret begrænset af den gravide kvindes selvbestemmelsesret. En behandling af fosteret forudsætter således kvindens informerede samtykke, ligesom lægen er forpligtet til at give kvinden information om bivirkninger o. lign., der ved en behandling af hende kan påvirke fosteret. Det lægefaglige ansvar, der normalt udspiller sig mellem læge, patient og god faglig standard, møder altså her en yderligere dimension: Lægen kan siges at have en direkte patientrelation til fosteret, men den er betinget af kvinden, som udgør den primære patient. Lægens ansvar over for fosteret vil således kunne være forskelligt, alt efter om der består en harmoni- eller konfliktrelation mellem kvinde og foster.

Lægen har også en vis forpligtelse til at yde en forebyggende indsats af hensyn til fosterets sundhed, således skal lægen informere om, hvilke konsekvenser kvindens livsstil kan have for fosteret, og tilbyde fx hjælp til rygeafvænning. Lægen har også en forpligtelse til i forbindelse med svangreundersøgelse at være opmærksom på, om kvinden skal tilbydes prænatal råd-

---

<sup>102</sup> Se vejledning nr. 60257 af 17/09/1998 om medicinsk behandling af kvinder, som er eller påtænker at blive gravide.

<sup>103</sup> En ikke læge ville dog i samme situation kunne straffes med fængsel i op til 4 år, jf. bestemmelsens stk. 3, og der synes således at være lempeligt råderum for læger i relation til, om der ikke foreligger samtykke. Udføres indgrebet i strid med lovens betingelser, er straffen dog hårdere (idet det herudover bemærkes, at uagtsomme svangerskabsafbrydelser slet ikke straffes, jf. stk. 5).

givning og undersøgelse.<sup>104</sup> Denne forpligtelse kan både opfattes som en forpligtelse til at diagnosticere fosteret og som et led i diagnosticeringen og behandlingen af den gravide kvinde, der skal have lejlighed til at tage stilling til graviditeten på et informeret grundlag.

At lægens forpligtelser over for den gravide kvinde altid vejer tungere end forpligtelserne over for fosteret afspejles i sundhedslovens § 93, hvorefter en læge altid uden særlig tilladelse kan afbryde et svangerskab, når der er fare for kvindens liv eller helbred. At der derudover er et retskrav for kvinder på at få foretaget et abortindgreb, og en tilsvarende pligt for regionen til at opfylde dette retskrav på en sundhedsydelse,<sup>105</sup> viser også, at der kun er tale om en begrænset og betinget lægelig pligt over for et foster.

Den formålsafhængige kategorisering af fosteret, der er knyttet til kvindens autonomi, genfindes således meget klart inden for dette område.

### 3.1.3. Fosteret som forsøgsperson

Det levende foster i livmoderen kan også indgå i biomedicinske forsøg, hvad enten det er rask eller sygt.<sup>106</sup> Forsøg på fostre er udtrykkeligt omfattet af komitéloven,<sup>107</sup> og forskningsprojektet skal derfor godkendes af den videnskabsetiske komité, og den gravide kvinde skal samtykke til forsøget.<sup>108</sup>

Herudover er der en skærpet beskyttelse, idet sundhedsministeren i forbindelse med udvalgsbehandlingen af det fremsatte forslag til komitéloven udtalte: *"Det slås fast, at hensynet til fosteret/spædbarnet sætter grænser for, hvilke typer forskning der må gennemføres på gravide/moderen. Samtidig har fosteret/spædbarnet krav på, at der udvises særlig agtpågivenhed over for, hvilke typer forskning der tillades udført på dem. Begrundelsen herfor er, at de – ligesom mentalt handicappede og lidt større børn – er i andres varetægt, dvs. i så udpræget grad henvist til andres hjælp, omsorg og pleje.*

---

<sup>104</sup> Se også min artikel *Det etiske forbehold* i UfR 2005B.385-394 (391) med yderligere henvisninger.

<sup>105</sup> Se nærmere kapitel 4.

<sup>106</sup> Se også Lars Adam Rehof: *Behandling af og forsøg på fostre – terminologi, beskyttelsesbehov og reguleringsforslag*, Det Etiske Råd, 1989. Det døde fosters status i forbindelse med biomedicinske forsøg er nærmere omtalt i kapitel 6.

<sup>107</sup> Men er ikke omfattet af Helsinki deklARATIONEN.

<sup>108</sup> Se i øvrigt Ulla Hybel: *Forsøgspersoner – om den retlige beskyttelse af mennesker, der deltager i biomedicinske forsøg i Danmark*, København, 1998, p. 188 for en diskussion af, hvorvidt faderen også skal give samtykke. Hybel påpeger, at alene kvinden kan tage stilling til, hvorvidt kropslige indgreb skal tillades, idet et indgreb på fosteret, så længe dette befinder sig i moderens krop, må tage udgangspunkt i kvindens selvbestemmelse over sin krop.

*Det slås fast, at kun projekter, som kan komme fosteret/spædbarnet til gode, eller som har til formål at studere svangerskabets (amningens) problemer, bør tillades – og kun hvis moderen og fosteret ikke udsættes for uacceptable risici.*”<sup>109</sup>

Her ses altså en begrænsning af, hvilke forsøg man kan udsætte et foster for, som ikke kan fraviges ved den gravide kvindes samtykke. Herved spores en beskyttelse af fosteret, der er tilnærmet det fødte barn, idet der fx er mulighed for at overtrumfe forældremyndighedens indehavers manglende samtykke til behandling, således at en uforsvarlig beslutning, der medfører fare for barnet, kan indbringes for og omstødes af det kommunale børn og ungeudvalg.<sup>110</sup> Mens beskyttelsen af børn og inhabile er pålagt forældremyndighedens indehaver eller værger, jf. forældreansvarslovens § 2, hvorefter der skal drages omsorg for barnet, og træffes beslutninger ud fra dets behov og interesser, og værgemålsloven § 24, hvorefter værger skal varetage interesserne for den, der er under værgemål, som en pligt, der sætter grænser for deres handlerum, er beskyttelsen af fosteret i forbindelse med forsøg altså pålagt dels de læger, der foretager biomedicinske forsøg, men primært de videnskabsetiske komitéer, som derved bør påse dette, før der kan gives tilladelse til et biomedicinsk forskningsprojekt. Fosteret har således ikke en status, der kan begrunde at pålægge den gravide kvinde nogen direkte indskrænkninger i hendes selvbestemmelsesret. På den anden side har fosteret en sådan retsbeskyttelse, at andre, herunder læger og det organ, der træffer afgørelser om videnskabsetik og hvilke forsøg der kan godkendes, faktisk er forpligtet til at drage særlig omsorg for det på en måde, der er tilnærmet det, der gælder for børn og inhabile.<sup>111</sup> Denne særlige omsorg er stillet højere end den gravide kvindes autonomi – der er altså et område for forsøg, som hun ikke kan give samtykke til, fordi de slet ikke må udføres. Her har fosteret altså en status, som adskiller sig fra den formålsbaserede status knyttet til kvindens autonomi.

Denne begrænsning er i øvrigt i overensstemmelse med art. 18 i tillægsprotokollen til Bioetikkonventionen.<sup>112</sup> Bestemmelsen anfører, at forskning på

---

<sup>109</sup> Bilag til betænkning over lovforslag vedrørende videnskabsetisk komitéssystem mv., Folketingstidende 1991-92, tillæg B, spalte 2328.

<sup>110</sup> Jf. servicelovens § 63.

<sup>111</sup> For yderligere om forsøg på børn og inhabile se Ulla Hybel: Forsøgspersoner – om den retlige beskyttelse af mennesker, der deltager i biomedicinske forsøg i Danmark, København, 1998, kapitel 11.

<sup>112</sup> Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Biomedical Research af 25. januar 2005, som er underskrevet af Danmark, men endnu ikke ratificeret.

gravide kvinder, som ikke har potentiale til direkte at gavne hende, embryoet, fosteret eller det senere barn, kun må udføres, hvis en række yderligere, skærpende betingelser er opfyldt:

- i. the research has the aim of contributing to the ultimate attainment of results capable of conferring benefit to other women in relation to reproduction or to other embryos, foetuses or children;
- ii. research of comparable effectiveness cannot be carried out on women who are not pregnant;
- iii. the research entails only minimal risk and minimal burden.”

Disse skærpende krav afspejler i øvrigt samme rationaler, som fremgår af tillægsprotokollens art. 15 om forskning på børn og umyndige. Her ses fosteret således også at have en selvstændig retsbeskyttelse; således gælder princippet om minimal risiko selvstændigt i forhold til både kvinde og foster.<sup>113</sup>

### 3.1.4. Erstatning for fosterskader ved lægelig virksomhed og lægemiddel-skader

Som led i at belyse den retlige kategorisering af fosteret er det også interessant at undersøge, hvordan fosterskader håndteres i erstatningsretten, idet mulighederne for at gøre erstatningskrav gældende også belyser, i hvilket omfang fosteret har en ret til sundhed.

I det erstatningsretlige begrebsapparat sondres der, ligesom i den personretlige kategorisering, mellem *personskade* og *tingskade*. Hvordan fosteret kategoriseres i erstatningsretten, kan således også bidrage til at belyse den retlige kategorisering af fosteret. I dette afsnit vil jeg derfor afdække, i hvilket omfang barnet kan gøre erstatningsansvar gældende mod den læge, lægefaglige virksomhed eller lægemiddel, der forvoldte skade på det i fosterstadiet.

Erstatning til patienter for behandlingsskader fulgte oprindeligt culpa-reglen, således at en sundhedsperson kunne gøres erstatningsansvarlig for en culpøs fejl eller forsømmelse, dvs. ved en forsætlig eller uagtsom handling eller undladelse.<sup>114</sup> Culpareglen bygger med Bo von Eybens ord på den betragtning, at når en person forvolder skade på en anden, må retsordenen tage stilling til, om tabet herved skal bæres af den tilskadekomne selv eller skal bæres af skadevolder i form af erstatning. Erstatningsreglerne har en præventiv

---

<sup>113</sup> Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Biomedical Research, Explanatory Report, punkt 102.

<sup>114</sup> Se nærmere Bo von Eyben: *Lægeansvar* i Daniel Andersen, Carl Erik Mabeck, Povl Riis (red.): *Medicinsk Etik*, København, 1985, p. 216-251 og Folketingstidende 1990-91, 2. samling, tillæg A, spalte 3271.

funktion, idet erstatning kun er velbegrundet, hvis den er forvoldt ved en adfærd, som samfundet må være interesseret i at modvirke.<sup>115</sup> Culpareglen havde dog svært ved at yde erstatning til patienter, i det omfang man ønskede, idet der især var bevismæssige hindringer i forhold til at påvise årsagssammenhæng og adækvans.

I 1991 indførte man ved patientforsikringsloven en forsikringsordning, der administreres af forsikringsselskaberne i form af patientforsikringsforeningen.<sup>116</sup> Erstatning for behandlingsskader ydes herefter ikke længere på grundlag af culpareglen, men efter de objektive betingelser, der er opstillet i loven. Afgørelsen af, om en sundhedsperson i udøvelsen af sit hverv har udvist forsømmelse og om der kan tildeles erstatning, foregår herefter i to indbyrdes uafhængige instanser, hvor patienten selv kan bestemme om sagen skal rejses i det ene eller begge systemer. ”Skyldspørgsmålet” afgøres i Patientklagenævnet, og erstatningsspørgsmålet afgøres på et såkaldt ”no fault”-grundlag<sup>117</sup> i Patientforsikringen, hvor patientens ret til erstatning ikke beror på, at nogen person har pådraget sig ansvar for skaden i kraft af en begået fejl, men alene på, om de objektive kriterier for erstatningsberettigelse i loven er opfyldt.

Patientforsikringens dækningsområde blev med virkning fra 1. januar 2004 udvidet – fra oprindeligt at dække fysisk skade dækkes nu personskaade, som er et noget bredere begreb, således at patienter i det omfang, de efter loven er berettiget til erstatning m.v., kan få erstattet såvel fysiske som psykiske følger af en skade i overensstemmelse med dansk rets almindelige erstatningsregler,<sup>118</sup> ligesom loven også gælder både i den primære og sekundære sundhedssektor, og man er således dækket, uanset om skaden er opstået på et sygehus eller fx hos en privatpraktiserende læge.<sup>119</sup> Loven fik i forbindelse med kommunalreformen nyt navn, lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet.<sup>120</sup>

---

<sup>115</sup> Bo von Eyben: Patientforsikring, København, 1993, p. 15-16.

<sup>116</sup> Se nærmere Folketingstidende 1990-1991, 2. samling, tillæg A, spalte 3276-3278.

<sup>117</sup> Se nærmere Folketingstidende 1990-1991, 2. samling, tillæg A, spalte 3288 og de almindelige bemærkninger til L 225, Folketingets samling 2002-03, punkt 2.1.

<sup>118</sup> Se bemærkningerne til lovforslaget L 225, Folketingets samling 2002-03, punkt 3.1.

<sup>119</sup> Se lov nr. 430 af 10. juni 2003 om ændring af lov om patientforsikring og lov om erstatning for lægemiddelskader. (Inddragelse af autoriserede sundhedspersoner m.fl. under patientforsikringsordningen m.v.) og bemærkningerne til L 225, Folketingets samling 2002-03.

<sup>120</sup> Lov nr. 547 af 24/06/2005. Se også bemærkningerne til L 75, Folketingets samling 2004-05, især bemærkningerne til kapitel 3, hvoraf fremgår at bestemmelserne om patientforsikring med enkelte konsekvensrettelser og tekniske ændringer er en uændret videreførelse af de regler, der hidtil fremgik af patientforsikringsloven.



Loven gælder for patienter,<sup>121</sup> som påføres skade i forbindelse med undersøgelse, behandling o. lign. I denne forbindelse er det således relevant at diskutere lovens patientbegreb, idet det er en grundlæggende betingelse, at fosteret/barnet kan betragtes som en patient og dermed også kategoriseres som en person.

I en sag fra Patientskadeankenævnet<sup>122</sup> havde patientforsikringen ment, at omfanget af patientskaden var svært at opgøre, da barnet allerede inden fødslen havde været præget af svære følger af iltmangel, og derfor havde fundet, at patientskaden var årsag til 1/3 af barnets helbredsforringelse. Ankenævnet lagde både vægt på, at barnet var blevet påført yderligere skade som følge af iltmangel umiddelbart efter fødslen, og på at en del af barnets hjerneskade var opstået på et tidligere tidspunkt i graviditeten, idet cerebral parese gerne opstår i fostertilstanden på grund af infektioner eller lignende. Barnets patientskade blev skønsmæssigt fastsat til ½ af den samlede helbredsforringelse.

Den nyfødte kan således godt være en patient, der påføres skade. Men man kunne også forestille sig, at den nyfødte var blevet påført en skade i fosterstadiet, og at denne skade ville kunne erstattes. Bo von Eyben anfører, at det følger af almindelige erstatningsretlige principper, at også fostre kan være berettiget til erstatning. Det er dog en betingelse, at barnet fødes levende.<sup>123</sup> Derudover fremgår det udtrykkeligt af bemærkningerne<sup>124</sup> til patientforsikringsloven af 1991, at fostre er omfattet af patientbegrebet, forudsat at barnet fødes levende og de almindelige betingelser i loven i øvrigt er opfyldt.<sup>125</sup>

Det bemærkes dog, at denne formulering ikke udelukker at barnet, *der er ved at blive født*, også kan være en patient i lovens forstand, selvom det ikke fødes levende. I en sag fra Patientforsikringen,<sup>126</sup> hvor både mor og barn døde i fødselsforløbet, kunne der ydes erstatning for det dødfødte barn, og skaden på henholdsvis mor og barn blev bedømt efter to forskellige erstatningskriterier i loven. Herved afspejles således, at fosteret blev kategoriseret som noget separat og adskilt fra kvinden.

---

<sup>121</sup> Derudover gælder loven i øvrigt patientens efterladte, forsøgspersoner og donorer, se nærmere § 19.

<sup>122</sup> Jr.nr. 623/1997, Patientskadeankenævnets årsberetning 1999 p. 34-35.

<sup>123</sup> Bo von Eyben: Patientforsikring, København, 1993, p.60. Se også Penny Lewis: *The necessary implications of wrongful life claims: lessons from France* i European Journal of Health Law 12: 135-153, 2005 (p. 137).

<sup>124</sup> Folketingstidende 1990-91, 2. samling, tillæg A, spalte 3282.

<sup>125</sup> *Reeve v. UK*, application no. 24844/94 af 30. november 1994 (EMK) taler i øvrigt for, at staterne er forpligtede til at tillægge fosteret en anticiperet rettighed i forbindelse med fosterskader.

<sup>126</sup> Jr.nr. 97-1988, Patientforsikringens årsberetning 1998.

Hvis fosteret er blevet påført en skade af et lægemiddel, finder reglerne i klage- og erstatningsadgangslovens kapitel 4 anvendelse. Herefter kan der ydes erstatning for fysiske skader, som følge af egenskaber ved lægemidler, uanset om lægemidlet er givet i forbindelse med behandling eller forsøg. Det fremgår dog af lovens § 41, at en lægemiddelskade forvoldt af et receptpligtigt lægemiddel kun erstattes, hvis lægemidlet er ordineret til skadelidte.<sup>127</sup> Er der tale om fosterskader vil lægemidlet dog ikke være ordineret til fosteret, men til den gravide kvinde. Forarbejderne forholder sig ikke til den situation, at lægemidlet skader fosteret, men ikke den gravide kvinde.

I 1950'erne blev lægemidlet thalidomid anvendt som beroligende middel til behandling mod bl.a. kvalme i svangerskabets første tre måneder. Stoffet viste sig imidlertid at føre til et stort antal spontane aborter og til svære fosterskader. Midlet blev fjernet fra markedet i 1961, og producenten blev i nogle europæiske lande gjort erstatningsansvarlig for skaderne.<sup>128</sup>

Efter min opfattelse må fosteret efter de almindelige erstatningsretlige principper også anses for erstatningsberettiget for lægemiddelskader af denne art i dansk ret. Bestemmelsens rationale er, at der i forbindelse med receptpligtig medicin skal være foretaget en lægelig vurdering af den pågældende patient. Dette vil også være opfyldt for så vidt angår gravide kvinder, idet en læge er forpligtet til at være opmærksom på graviditeten og udvise streng tilbageholdenhed ved ordination af lægemidler.<sup>129</sup>

Fosteret kan endelig blive skadet som følge af biomedicinske forsøg. Klage- og erstatningsadgangsloven sidestiller patienter med personer, der har deltaget i biomedicinske forsøg, jf. § 19, stk. 2. Definitionen af et biomedicinsk forsøg fremgår af komitélovens § 7, nr. 1, og omfatter udtrykkeligt også forsøg på fostre og fosteranlæg. Der er således mulighed for at få erstatning for

---

<sup>127</sup> Det fremgår af bemærkningerne til § 41, at bestemmelsen er en uændret videreførelse af § 4 i lov nr. 1120 om erstatning for lægemiddelskader af 20/12/1995, se L 75, Folketingets samling 2002-03. Bemærkningerne til den oprindelige bestemmelse i L 36 – forslag til lov om erstatning for lægemiddelskader af 11. oktober 1995 anfører, at rationale bag bestemmelsen, er at der i forbindelse med receptpligtig medicin skal være foretaget en lægelig vurdering af den pågældende patient.

<sup>128</sup> Thalidomid-sagerne skabte forståelse for, at der måtte etableres en fælles europæisk lovgivning, som gav ret til erstatning i sådanne tilfælde. Resultatet blev vedtagelsen af produktansvarsdirektivet, se Vibe Ulfbeck: *Den nye Formueret* i Juristen nr. 1/2006 p. 2-8. I øvrigt besluttede Folketingets Finansudvalg i 1989 efter indstilling fra Sundhedsministeriet, at staten over for producenten af lægemidlet thalidomid ville påtage sig at holde producenten skadesløs for eventuelle sagsomkostninger og erstatninger i forbindelse med brugen af lægemidlet. Denne erklæring var en forudsætning for producentens levering.

<sup>129</sup> Se nærmere kapitel 5.

enhver skade, som kan være forårsaget af forsøget, jf. klage- og erstatningsadgangslovens § 22, stk. 1.

### 3.1.5. Arbejdsmiljø

Mens der i forbindelse med videnskabelige forsøg, som belyst ovenfor, er opstillet beskyttelsesbestemmelser, som reelt overtrumfer kvindens selvbestemmelsesret, er dette også tilfældet inden for arbejdsmiljøområdet, idet det i nogle tilfælde ikke er tilladt for hende at udføre bestemte arbejdsopgaver af hensyn til fosteret, ligesom fosteret kan søge erstatning for sådanne skader, hvis det senere fødes som et levendefødt barn.<sup>130</sup>

#### 3.1.5.1. Arbejdsgiverens forpligtelser over for et foster

De bestemmelser, der beskytter fosteret på arbejdsmiljøområdet, er formuleret som pligter for arbejdsgiveren og pålægger således tredjemand et omsorgsansvar for fosterets sundhed. De arbejdsmiljøretnlige regler bygger således på en grundlæggende formodning om interesseharmonien mellem kvinde og foster.

I henhold til bekendtgørelse om arbejdets udførelse § 8<sup>131</sup> skal særlige følsomme risikogrupper, herunder gravide og ammende ansatte, beskyttes mod farer, som for dem er særlig alvorlige. Når arbejdsgiveren er underrettet om eller på anden måde bliver bekendt med, at en ansat er gravid eller ammer, skal arbejdsgiveren sørge for, at der i vurderingen af sikkerhed og sundhed under arbejdet indgår en vurdering af, om den ansatte er udsat for påvirkninger, der kan indebære en fare for graviditeten eller amningen.

Hvis der er risiko for en negativ påvirkning, skal arbejdsgiveren træffe de nødvendige foranstaltninger.<sup>132</sup>

I en vejledning fra Arbejdstilsynet<sup>133</sup> er der generelt oplyst om de påvirkninger, som kan indebære en fare for graviditet eller amning, idet en foster-

---

<sup>130</sup> Se også Elisabeth Vigerust: *Graviditet, arbejdsmiljø og ligestilling* i Kirsten Ketscher, Jytte Lindgård & Ruth Nielsen: *Den sociale dimension i kvinderetligt perspektiv*, København, 1995, p. 171-191.

<sup>131</sup> Bekendtgørelse nr. 559 af 17/06/2004.

<sup>132</sup> Foranstaltningerne skal om muligt bestå i tekniske foranstaltninger eller indretning af arbejdsstedet. Hvis det ikke er muligt og rimeligt på denne måde at opnå tilstrækkelig beskyttelse af den ansatte, skal risikoen imødegås ved foranstaltninger i forbindelse med arbejdets planlægning og tilrettelæggelse, herunder om nødvendigt ændring af arbejdstiden og begrænsning af natarbejde. Foranstaltningerne kan også bestå i overførsel til andre arbejdsopgaver, der ikke indebærer fare for den gravide eller ammendes sikkerhed og sundhed. Se bekendtgørelsens § 8, stk. 5 og 6.

skade i øvrigt i vejledningen bruges som en samlebetegnelse for alle tilfælde, hvor en graviditet ikke begynder eller ender normalt, fx ufrivillige aborter, lav fødselsvægt, fostervæksthæmning og alvorlige reproduktionsskader som medfødte misdannelser og dødfødsel.

Men der er også eksempler på mere specialiserede bestemmelser om arbejdsmiljømæssig beskyttelse af fosteret. I bekendtgørelse om dosisgrænser for ioniserende stråling<sup>134</sup> er arbejdsgiveren således pålagt en særlig informationspligt, allerede inden fosteret er undfanget. Kvinder i den forplantningsdygtige alder skal således i forbindelse med den instruktion, de modtager om den fare, der er forbundet med arbejdet med ioniserende stråling, særligt gøres opmærksom på betydningen af tidlig meddelelse om graviditet til arbejdsgiveren, jf. § 4, stk. 2. Efter § 4, stk. 1 skal beskyttelsen af det ufødte barn svare til beskyttelsen af enkeltpersoner i befolkningen, og der er derfor fastsat regler om overvågning af den dosis den gravide kvinde må udsættes for, således at dosis ikke overstiger den maksimale grænse i resten af graviditeten.<sup>135</sup>

FN's Kvindekongvention forpligter også staterne til at yde særlig beskyttelse for gravide kvinder i forhold til udførelse af arbejde, der kan være skadeligt for dem, og til løbende at revurdere deres beskyttelseslovgivning, således at den udgør et reelt og dynamisk instrument til beskyttelse af gravide kvinder, jf. art. 11.2 (d) og 11.3. Fosteret er således ydet en indirekte beskyttelse, idet bestemmelsens formulering *"To provide special protection to women during pregnancy in types of work proved to be harmful to them"* alene synes at tage sigte på den gravide kvinde, hvorved det er hendes sundhed og reproduktive autonomi, der er den primære beskyttelsesinteresse, ud fra konventionens underliggende rationale om, at kvinden ikke må udsættes for diskrimination, og at der derfor skal træffes særlige foranstaltninger for at beskytte hende, således at naturlige biologiske og fysiologiske funktioner og processer, der er knyttet til hendes køn, kan udfoldes/gennemføres, uden at hun stilles anderledes eller ringere.

---

<sup>133</sup> Gravides og ammendes arbejdsmiljø – At-vejledning A.1.8 – februar 2002, vejledning nr. 9911 af 01/02/2002.

<sup>134</sup> Bekendtgørelse nr. 823 af 31/10/1997.

<sup>135</sup> Se bekendtgørelsens § 4, stk. 1, og § 11, stk. 5.

## Kapitel 5

### 3.1.5.2. Erstatning ved arbejdsskader

Efter arbejdsskadesikringslovens<sup>136</sup> § 2, stk. 5 er et levendefødt barn berettiget til erstatning, hvis det inden fødslen har pådraget sig en sygdom som følge af moderens arbejde under graviditeten.

Et foster eller barn er også berettiget efter loven, hvis det senere dokumenteres, at en påvirkning af forældrene før befrugtningen eller efter fødslen har haft en skadelig effekt på foster eller barn, jf. lovens § 2, stk. 6, jf. § 7.

§ 7. Ved erhvervssygdomme forstås efter denne lov:

1) ... Endvidere sygdomme hos et levendefødt barn, der er pådraget inden fødslen som følge af moderens arbejde under graviditeten. ...

2) Andre sygdomme, herunder sygdomme hos et levendefødt barn pådraget inden fødslen, hvis det godtgøres, enten at sygdommen efter den nyeste medicinske dokumentation opfylder de krav, som er nævnt i nr. 1, 1. pkt., eller at den må anses for udelukkende eller i overvejende grad at være forårsaget af arbejdets særlige art.

Stk. 2. Sygdomme som følge af påvirkninger af forældrene før befrugtningen eller efter fødslen vil kunne henføres under loven ved ændring af fortegnelsen nævnt i stk. 1, nr. 1, eller efter stk. 1, nr. 2, hvis det godtgøres, at disse påvirkninger har skadende effekt på foster eller barn.

Det er dog en betingelse, at barnet fødes levende, inden en fosterskade kan erstattes. I en sag fra Arbejdsskadestyrelsen<sup>137</sup> afviste man således, at der var tale om en arbejdsskade, hvor der var mistanke om skade på et ufødt barn. Styrelsen lagde vægt på, at loven kun omfatter levendefødte børn, og at sagen derfor måtte rejses, efter at barnet var født.

Arbejdsskadestyrelsen har i bekendtgørelse om fortegnelse over erhvervssygdomme udarbejdet en liste over fosterskader, der kan anerkendes med barnet som erstatningsberettiget. Denne fortegnelse opregner de lidelser, hvor der er lægevidenskabelig dokumentation for sammenhæng mellem bestemte påvirkninger og bestemte lidelser. Selvom en sygdom kun som hovedregel kan anerkendes som en arbejdsskade, hvis den står i fortegnelsen over erhvervssygdomme, og i øvrigt opfylder de generelle betingelser og de særlige betingelser under fortegnelsens enkelte punkter, kan enhver skade dog, hvor det kan godtgøres, at den skyldes moderens arbejde, danne grund-

---

<sup>136</sup> Lovbekendtgørelse nr. 154 af 07/03/2006 om arbejdsskadesikring. Bestemmelsen blev indføjet i loven ved lov nr. 743 af 7/12/1988.

<sup>137</sup> Sag nr. 5 (anonymiseret), Arbejdsskadestyrelsen.

lag for anerkendelse efter loven efter forelæggelse for Erhvervssygdomsudvalget, jf. § 7, stk. 1, nr. 2, 2. led.<sup>138</sup>

Den kommenterede arbejdsskadeforsikringslov fra 1997 anfører, at der kun er modtaget ganske få anmeldelser af denne type sager, og refererer en enkelt sag, hvor barnet i det første halve leveår udviklede svære symptomer på medfødt infektion med cytomegalovirus (CMV-infektion), der kan overføres fra mor til foster, og som fører til alvorlige skader i centralnervesystemet. Arbejdsskadestyrelsen vurderede, at moderen var blevet smittet på sin arbejdsplads, hvor hun som ansat i en daginstitution var særlig udsat for smitteoverførsel på grund af den nære kontakt med børnene. Skaden blev derfor anerkendt som forårsaget af moderens arbejde under graviditeten, idet cytomegalovirus også fremgik af fortegnelsen i bekendtgørelse om erhvervssygdomme.<sup>139</sup> I en lignende sag<sup>140</sup> blev et anmeldt tilfælde af samme sygdom også anerkendt som arbejdsskade. Der blev lagt vægt på, at den arbejdsmedicinske erklæring anførte, at der var en kendt og øget risiko for denne infektion blandt personale i daginstitutioner. På grund af denne forøgede smitterisiko fandt styrelsen det godtgjort, at barnets hjerneskade skyldtes klagerens arbejde.

I FED 1999.318 (Østre Landsrets dom af 25. januar 1999) kunne Down's syndrom hos et barn, hvis moder i graviditetsperioden var udsat for organiske opløsningsmidler på sin arbejdsplads, ikke anerkendes som arbejdsskade. Der var således ikke tale om en "liste-skade" og landsretten fandt ikke, at sagsøgeren efter bevisførelsen, som omfattede udtalelser fra Retslægerådet og anden lægelig ekspertise, havde godtgjort nogen sammenhæng mellem barnets sygdom og hendes arbejde.

### **3.2. Pligt til et sundt svangerskab?**

#### *3.2.1. Indledning*

Som nævnt indledningsvis er der en sammenhæng mellem den gravide kvindes vaner og fosterets sundhedsmæssige udvikling. At brug af alkohol kan være skadeligt under graviditeten, var allerede kendt i bibelsk tid,<sup>141</sup> og

---

<sup>138</sup> Se også nærmere i Asger Friis og Ole Behn: *Arbejdsskadeforsikringsloven*, 3. kommenterede udgave ved Ole Behn og Viggo Bertram, København, 1997, p. 84-85 og 237ff.

<sup>139</sup> Asger Friis og Ole Behn: *Arbejdsskadeforsikringsloven*, 3. kommenterede udgave ved Ole Behn og Viggo Bertram, København, 1997, p. 286.

<sup>140</sup> Sag nr. 4 (anonymiseret), Arbejdsskadestyrelsen.

<sup>141</sup> Karl Harald Søvig: *Tvang overfor rusmiddelafhængige – Sosialtjenesteloven §§ 6-2 til 6-3*, Bergen, 2007, p. 78, der refererer til Dommerbogen 13, 7: "Du skal blive med barn og føde en søn. Nu må du ikke drikke vin eller øl." Om alkoholrelaterede fosterskader se også Søvig p. 53-56 med yderligere henvisninger.

sammenhængen mellem indtag af substanser og fosterskader er et område, der bestandigt er genstand for medicinsk forskning, idet ikke blot alkohol og narkotika, men også lægemidler alle passerer til fosterets blodbane gennem moderkagen og derved kan påvirke eller skade fosteret.<sup>142</sup>

Der består altså en potentiel konflikt mellem den gravide kvindes ret til autonomi og fosterets eventuelle ret til sundhed. Tager man udgangspunkt i de overvejelser om retlig kategorisering af fosteret, der blev opstillet i kapitel 3, kan man argumentere for to forskellige tilgange til denne problematik; først og fremmest den autonomibaserede tilgang, hvor kvinden har fuldstændig autonomi over sin egen krop, også selvom fosterets sundhed afhænger af hendes krop. I dette perspektiv er fosteret en accessorisk *ting*, og den rådighed, hun har over sin egen krop, som bl.a. er udtrykt i retten til at afslutte fosterets livsmulighed ved et abortindgreb, betyder også, at hun har rådighed over graviditeten og hvordan den skal gennemføres. Kvinde og foster anskues således som en enhed, og bygger grundlæggende på et harmoniudgangspunkt, idet fosteret ikke er en separat entitet. En anden mulighed er at lade fosterets formål bestemme graden af beskyttelse. Man kunne således forestille sig, at når grænsen for fri abort er overskredet, og kvinden derved har tilkendegivet, at formålet med graviditeten er fødslen af et barn, så kunne man i et eller andet omfang stille krav om en levevis, der ikke skadede fosteret. Denne tilgang synes modsat at forudsætte, at fosteret kategoriseres som en retlig person, der kan have rettigheder før fødselsaktens afslutning, men som også kan få håndhævet rettigheden via statens tvangsmæssige krav til den gravide kvinde.

I dette afsnit vil jeg med udgangspunkt i norsk og dansk ret afdække to forskellige tilgange til spørgsmålet om, hvorvidt fosteret har en sådan status, at den gravide kvinde kan forpligtes til at leve sundt. Til sidst i afsnittet følger nogle mere principielle og retspolitiske overvejelser om autonomi og tvang i svangreomsorgen.

### 3.2.2. *Tvangsforanstaltninger i norsk ret*

I norsk ret er udgangspunktet for kontakten med gravide misbrugere frivillighed. Dette begrundes med, at det er vigtigt at skabe et tillidsforhold mellem den gravide kvinde og behandlingsapparatet, således at hun ikke undlader at opsøge sundhedsydelser, svangreomsorg o. lign. i månederne inden fødslen. Dette betyder også, at tiltag i videst muligt omfang skal udformes

---

<sup>142</sup> Se nærmere L 169 – Forslag til lov om ændring af sundhedsloven. (Tilbageholdelse af gravide alkoholmisbrugere i behandling), fremsat 28. februar 2007, almindelige bemærkninger, pkt. 2.1.

på en sådan måde, at man kan opnå et samtykke, og at den gravide opfatter tiltaget som et reelt tilbud om hjælp.<sup>143</sup>

Hvis frivillige hjælpetiltag ikke er tilstrækkelige, er der hjemmel til at tilbageholde misbruger på en institution uden samtykke, hvis vedkommende udsætter sig selv for psykisk eller fysisk fare. Derudover er det bestemt, at hvis de frivillige foranstaltninger ikke er tilstrækkelige, kan en *gravid* misbruger tilbageholdes på en institution under hele svangerskabet, hvis det er overvejende sandsynligt, at barnet vil blive født med en skade. Fosteret er altså en selvstændigt beskyttet entitet, hvis krav på beskyttelse er uafhængig af, om misbruget har sådan en art, at det tillige udgør en fare for kvinden selv.

Under tvangstilbageholdelsen skal kvinden tilbydes hjælp til sit misbrug og til at blive i stand til at tage vare på barnet, men som Karl Harald Søvig anfører, er dette et sekundært sigte i bestemmelsen i forhold til at afværge negative konsekvenser for fosteret.<sup>144</sup>

Tvangstilbageholdelsen vedtages af fylkesnemnda, hvis medlemmer bl.a. består af et antal sagkyndige og en juridisk leder, og afgørelsen skal vurderes mindst hver tredje måned af Sosialtjenesten i samråd med institutionen. Da et svangerskab er den nødvendige betingelse for at kunne tvangstilbageholde kvinden efter sosialtjenestelovens § 6-2a kan der opstå et særligt skisma i forhold til, at kvinden kan føle sig presset til at få en abort for at undgå tvangstilbageholdelsen. Karl Harald Søvig anfører, at lovens forarbejder bygger på, at denne konflikt ikke vil opstå, idet forpligtelsen til først at tilbyde frivillige hjælpetiltag ses som muligheden for at motivere kvinden til at beholde barnet, idet loven ikke skal føre til et pres, der medfører flere aborter. Som Søvig anfører, er det illusorisk at forudsætte, at der ikke består en reel konflikt mellem lovens beskyttelse af fosteret og abort.<sup>145</sup> Efter Søvigs opfattelse er det acceptabelt, at bestemmelsen om tvangstilbageholdelse fører til en vis øgning i antallet af aborter, fordi han ser forebyggelsen af

---

<sup>143</sup> Se LOV 1991-12-13 nr. 81: Lov om sociale tjenester m.v. (Sosialtjenesteloven), kapitel 6 og Rundskriv I-46/95 fra Sosial- og helsedepartementet og Barne- og familiedepartementet af 19.12.1996.

<sup>144</sup> Karl Harald Søvig: Tvang overfor rusmiddelafhængige – Sosialtjenesteloven §§ 6-2 til 6-3, Bergen, 2007, p. 395.

<sup>145</sup> Karl Harald Søvig: Tvang overfor rusmiddelafhængige – Sosialtjenesteloven §§ 6-2 til 6-3, Bergen, 2007, p. 116-117.



sundhedsskader på børn som en højere prioritet end svangerskabsafbrydelse.<sup>146</sup>

Søvig anfører videre, at mennesker normalt ikke kan skade andre uden at blive mødt med forskellige sanktioner, og at dette som udgangspunkt også må gælde i relationen mellem mor og foster. Uanset om man ser fosteret som et individ, vil moderens handlinger skade en anden, nemlig det barn, som senere bliver født. Dette tidsperspektiv, anfører han, gør situationen atypisk i forhold til at drage paralleller til abort, mens relationen mellem mor og foster på den anden side også er så atypisk, at man ikke uden videre kan drage paralleller til andre situationer, der regulerer forholdet mellem fødte individer.<sup>147</sup> Den norske sosialtjenestelovs § 6-2a tildeler fosteret en sådan status, at det er tilnærmet et født individ og derfor ikke kan udsættes for skade, uden at skadevolderen (den gravide) kan mødes med sanktioner.

Af den norske straffelovs § 9 fremgår, at *”som betydelig skade regnes også når forbrytelse begås mot en gravid kvinne og fosteret som følge av dette får skade eller går til grunne”*, men ud over denne strafferetlige kvalificering af, at et foster har en sådan status, at ødelæggelsen heraf udgør en betydelig skade, har fosteret i den øvrige norske lovgivning i det væsentligste en relativ og kontekstafhængig retlig beskyttelse<sup>148</sup> ligesom i dansk ret. Lige præcis på dette isolerede retsområde er der altså en udpræget formålsafhængig status i norsk ret, idet fosteret ikke blot er tillagt en rettighed, men en rettighed, der er så tungtvejende, at moderens ret til autonomi tilsidesættes. Samme status kan siges at eksistere i abortlovgivningen både i norsk og dansk ret, men adskiller sig ved at fosteret i abortlovgivningen er tillagt en relativ status, der vokser i takt med fosterets alder.

Norsk ret adskiller sig herved væsentligt fra dansk ret, hvor der ikke er mulighed for at behandle gravide misbrugere med tvang eller tvangstilbageholdelse, medmindre kvinden frivilligt har indgået aftale herom.

### 3.2.3. Hjelpeforanstaltninger i dansk ret

I dansk ret gælder det grundlæggende princip om det informerede samtykke også i forbindelse med gravide misbrugere.

---

<sup>146</sup> Karl Harald Søvig: Tvang overfor rusmiddelafhængige – Sosialtjenesteloven §§ 6-2 til 6-3, Bergen, 2007, p. 116.

<sup>147</sup> Karl Harald Søvig: Tvang overfor rusmiddelafhængige – Sosialtjenesteloven §§ 6-2 til 6-3, Bergen, 2007, p. 99.

<sup>148</sup> Karl Harald Søvig: Tvang overfor rusmiddelafhængige – Sosialtjenesteloven §§ 6-2 til 6-3, Bergen, 2007, p. 100-102.

Reglerne om den gravides kontakt med sundhedsvæsenet i anledning af graviditeten fremgik tidligere af lov om svangerskabshygiejne og fødsels-hjælp.<sup>149</sup> Heraf fremgik bl.a., at hvis lægen eller jordemoderen havde opfat-telsen af, at kvinden havde personlige eller sociale vanskeligheder burde hun henvises til kommunen, jf. § 4. Efter § 2, stk. 1 var det i øvrigt tillagt Sundhedsstyrelsen nærmere at fastsatte retningslinjer for gennemførelsen og antallet af forebyggende helbredsundersøgelser under svangerskabet. Med virkning fra 1. januar 2007 afløstes loven dog af sundhedslovens § 61, hvorefter der ydes forebyggende helbredsundersøgelse hos en læge, idet an-tallet nærmere heraf fastsættes nærmere af Sundhedsstyrelsen. Det fremgår af bemærkningerne,<sup>150</sup> at bestemmelsen er en videreførelse af bestemmelsen i § 1, stk. 1, dog vil det herefter blive administrativt fastsat i henhold til be-myndigelsen, at den gravide kvinde fortsat har ret til indtil 5 forebyggende helbredsundersøgelser. Det fremgår af sundhedslovens § 214, at Sundheds-styrelsen vejleder om udførelsen af sundhedsydelser efter loven.

Sundhedsstyrelsens retningslinjer<sup>151</sup> er således fortsat gældende, og det fremgår bl.a. heraf, jf. afsnit 3.1, at ”sundhedsfremmende undervisning og vejledning indgår som et integreret led både i de forebyggende helbredsun-dersøgelser og i fødsels- og forældreforberedelsen og er et nødvendigt led i at opnå formålet med svangreomsorgen. I alle kontakter med sundhedsfag-ligt personale kan der, afhængigt af behov, fokuseres på sundhed og trivsel i relation til arbejdsmiljø, kost, motion, rygning, alkohol, familiedannelse, brug af egne ressourcer samt brug af netværk.”

Hvis en sundhedsperson i sit virke får kendskab til en gravid med alvorlige misbrugsproblemer, der må give formodning om, at der er behov for støtte, er der indberetningspligt til kommunen. Dette følger af servicelovens § 35, stk. 3 og er nærmere uddybet i en vejledning.<sup>152</sup>

Underretningspligten foreligger, når der er formodning om, at en gravid har et så alvorligt misbrug af alkohol eller euforiserende stoffer, at det medfører behov for støtte på grund af sundhedsrisiko for det kommende barn.

---

<sup>149</sup> Jf. seneste lovbekendtgørelse nr. 541 af 16. juni 2004.

<sup>150</sup> Se <[www.ft.dk/Samling/20042/lovforslag/L74/som\\_fremsat.htm](http://www.ft.dk/Samling/20042/lovforslag/L74/som_fremsat.htm)>, bemærk dog at be-mærkningerne til sundhedslovens § 61 i lovforslaget L 74 fremgår af bemærkningerne til § 62.

<sup>151</sup> Svangreomsorg, retningslinjer og redegørelse. Sundhedsvæsenets indsats i forbindelse med graviditet, fødsel og barselsperiode, der trådte i kraft 1. juli 1998, se <[www.sst.dk/publ/Publ2001/Svangreomsorg/pdf/retningslinier.pdf](http://www.sst.dk/publ/Publ2001/Svangreomsorg/pdf/retningslinier.pdf)> /nov. 2007.

<sup>152</sup> Vejledning nr. 9350 af 18/04/2006 om sundhedspersoners underretningspligt over for kommunen (til landets sygehuse, skadestuer og alment praktiserende læger).

## Kapitel 5

At misbruget skal være alvorligt, betyder, at det skal have konsekvenser for den enkelte og familien i en sådan grad, at det er rimeligt at handle i forhold til det. Det vil således afhænge af de konkrete omstændigheder, om situationen må anses for så alvorlig, at der er grundlag for at underrette kommunen.<sup>153</sup>

Underretningspligten indtræder, når der ikke er rimelig mulighed for i tide at afhjælpe vanskelighederne, fx gennem rådgivning og vejledning af den gravide. Ved vurderingen af, om der skal foretages underretning, skal det tages i betragtning, at kommunen ifølge serviceloven skal sørge for, at enhver har mulighed for gratis rådgivning, og at forældre og andre, der drager omsorg for et barn eller en ung, kan få en gratis familieorienteret rådgivning. Det forudsættes i vejledningen, at sundhedspersonen i almindelighed, medmindre der foreligger særlige grunde, forsøger at indhente et samtykke fra den gravide før en underretning til kommunen finder sted.<sup>154</sup>

Indberetningspligten medfører også, at kommunen er opmærksom på kvinden og således har mulighed for at iværksætte fx tvangsmæssige foranstaltninger, såsom at fjerne barnet fra moderen efter fødslen. Det fremgår af en afgørelse fra Ankestyrelsen, at foranstaltninger, der anvendes af hensyn til et barns særlige behov for støtte, forudsætter, at barnet er født.<sup>155</sup> Efterfølgende er det dog i medfør af servicelovens § 52, stk. 6 blevet muligt at iværksætte nærmere bestemte foranstaltninger, der har karakter af en anticiperet støtte med forældrenes samtykke, også inden barnet er født.<sup>156</sup> For så vidt angår gravide stofmisbrugere har kommunalbestyrelsen yderligere en forpligtelse til at tilbyde gravide stofmisbrugere i døgnbehandling i henhold til servicelovens § 101, jf. § 107, stk. 2, nr. 2, en kontrakt om tilbageholdelse. Dermed har den gravide stofmisbruger en ret til at få tilbudt en kontrakt om tilbageholdelse.

I en publikation fra Sundhedsstyrelsen<sup>157</sup> er Hvidovres familieambulatorium og den interventionsmodel, der her benyttes over for gravide misbrugere nærmere beskrevet. Publikationen er ifølge dens forord tænkt som en vejledning og inspirationskilde og bidrag til faglig oprustning på dette område. Den enkelte region eller det enkelte sygehus er således ikke forpligtet til at

---

<sup>153</sup> Jf. vejledningens afsnit 3.1.

<sup>154</sup> Jf. vejledningens afsnit 3.2.

<sup>155</sup> Den Sociale Ankestyrelses afgørelse af 21. juni 1995 i jr.nr. 21646-94, <www.dsa.dk>.

<sup>156</sup> Se også ankestyrelsens afgørelse af 29. oktober 2003 i jr.nr. 3800040-03, <www.dsa.dk>.

<sup>157</sup> Omsorg for gravide og småbørnsfamilier med rusmiddelsproblemer – Familieambulatoriets interventionsmodel, Sundhedsstyrelsen, 2005.

tilbyde denne interventionsmodel. Tilbuddet baserer sig på frivillighed og information og repræsenterer således en afgørende anderledes tilgang til spørgsmålet end det norske system.

Derudover er der med virkning fra 1. juli 2007 givet mulighed for at tilbyde alkoholbehandling med mulighed for tilbageholdelse på behandlingsinstitutionen. Bestemmelserne i sundhedslovens kapitel 40 er baseret på 3-dobbelt frivillighed: For det første er det overladt til kommunalbestyrelsen, om den vil benytte sig af lovens bestemmelser i kommunen. For det andet træffer kommunen i det konkrete tilfælde afgørelse, om der skal gives et tilbud om alkoholbehandling med mulighed for tilbageholdelse på behandlingsinstitutionen. Der er således ingen forpligtelse for kommunen til at tilbyde en sådan kontrakt, og kommunens afgørelse kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed. For det tredje er det frivilligt for den gravide alkoholmisbruger, om hun vil indgå en sådan kontrakt. Ønsker den gravide alkoholmisbruger ikke at indgå en sådan aftale, har hun fortsat adgang til øvrige eksisterende behandlingstilbud. Herved fastholdes frivillighedsprincippet i behandlingen af den gravide alkoholmisbruger.<sup>158</sup> Indgår den gravide alkoholmisbruger og behandlingsinstitutionen en kontrakt, skal den indeholde en bestemmelse om, at den højst må strække sig over 6 måneder fra indgåelsen, og oplysning om, at alkoholmisbrugeren ved indgåelse af kontrakten giver behandlingsinstitutionen adgang til at tilbageholde hende på institutionen, såfremt betingelserne herfor er opfyldt.

Betingelserne for, hvornår der kan iværksættes en tilbageholdelse af en gravid alkoholmisbruger mod dennes vilje, fremgår af lovens § 141 c. Betingelserne er formuleret efter de samme principper, der gælder for tvangsindlæggelse og tilbageholdelse efter § 5 psykiatriloven. Derudover er det et krav, at der er en begrundet formodning om, at den gravide alkoholmisbruger vil afbryde det aftalte behandlingsforløb. Det er derfor ikke nok, at der er en generel formodning om, at kvinden erfaringsmæssigt afbryder behandlingsforløbet i en bestemt periode, ligesom det heller ikke er tilstrækkeligt, at der er en fjern mistanke. Først og fremmest kan tilbageholdelse være berettiget, hvis det skønnes, at kvinden vil påbegynde eller fortsætte sit misbrug som følge af, at behandlingen afbrydes, og der derved er meget stor sandsynlighed for, at kvinden vil indtage alkohol i så store mængder, at der er risiko for skade på fosteret. Den gravide alkoholmisbruger skal i den konkrete situation udvise en adfærd, som gør, at det må formodes, at hun vil forlade behandlingsstedet for at indtage alkohol. Der kan ligeledes være tale

---

<sup>158</sup> Jf. L 169 – Forslag til lov om ændring af sundhedsloven. (Tilbageholdelse af gravide alkoholmisbrugere i behandling), fremsat 28. februar 2007, almindelige bemærkninger, pkt. 3.

om, at kvinden selv beder om at blive tilbageholdt, idet hun erkender, at hendes trang til alkohol kan få hende til at forlade behandlingsstedet.<sup>159</sup> I forbindelse med, at en gravid alkoholmisbruger tilbageholdes på institutionen, er det tilladt at anvende fysisk magt, i det omfang det er nødvendigt for at forhindre kvinden i at forlade behandlingsstedet. Magtanvendelsen skal afpasses efter forholdene i den enkelte situation og må ikke gå ud over det strengt nødvendige. Ved fysisk magtanvendelse forstås eksempelvis egentlig fysisk fastholdelse af en person. Isolation og fiksering er derimod ikke tilladt. I det omfang det er nødvendigt for at sikre, at den gravide alkoholmisbruger – typisk i en akut opstået krisesituation – forhindres i at forlade institutionen under et aftalt behandlingsforløb, kan institutionen foretage aflåsning af institutionens yderdøre i kortere perioder af dagen. Institutionen kan desuden aflåses om natten. Det er en klar forudsætning i loven, at disse midler ikke skal stå alene. Der er således krav om, at de socialpædagogiske tiltag, institutionerne normalt griber til i dagligdagen, intensiveres i forbindelse med krisesituationer, således at der også ad den vej lægges pres på den gravide alkoholmisbruger med henblik på at fortsætte behandlingen.

Den gravide alkoholmisbruger kan opsige kontrakten, hvis hun ønsker det. Dog kan kontrakten ikke opsiges, når betingelserne i § 141 c, stk. 1 for at tilbageholde den gravide alkoholmisbruger er opfyldt. Det fremgår af forarbejderne, at der ikke er adgang til at bringe den gravide alkoholmisbruger tilbage på institutionen, heller ikke med politiets hjælp, hvis hun har forladt den. Det gælder, såvel før som efter at afgørelse om tilbageholdelse er truffet.

Selvom der med indførelsen af denne mulighed i dansk ret ikke er hjemmel til at udøve tvang af hensyn til fosteret i samme omfang som i norsk ret, afspejler lovændringen muligvis i et udviklingsperspektiv en større opmærksomhed på fosterets rettigheder.

### 3.2.4. Overvejelser om *autonomi* v. *tvang*

I den offentlige debat<sup>160</sup> rejses spørgsmålet jævnligt, om der skal indføres samme muligheder for tvangstilbageholdelse i Danmark, som der er mulighed for i norsk ret.

I Norge er der ikke sket et fald i antallet af fødte børn med alkoholskader. Dette skyldes formentlig især, at fosteret er særlig sårbart for skader i be-

---

<sup>159</sup> Jf. L 169 – Forslag til lov om ændring af sundhedsloven. (Tilbageholdelse af gravide alkoholmisbrugere i behandling), fremsat 28. februar 2007, bemærkninger til § 141 c.

<sup>160</sup> I sommeren 2006 var der således en debat i flere dagblade, se fx Politiken den 29. juli 2006.

gyndelsen af svangerskabet, og afgørelserne om tvangstilbageholdelse træffes noget senere i graviditeten.<sup>161</sup> Det er næppe muligt at lave et regelsæt, hvor der ikke vil forløbe en vis tid inden afgørelse om tvangstilbageholdelse kan træffes; graviditeten skal diagnosticeres, den ansvarlige myndighed skal underrettes og derefter behandle sagen på en måde, der tilgodeser de retssikkerhedsmæssige aspekter, der knytter sig til en så alvorlig og indgribende afgørelse om frihedsberøvelse.<sup>162</sup> Søvig refererer til 3 mindre opfølgningsundersøgelser, Ullevåls, Tyrili- og Askøy-undersøgelserne, der viser, at størstedelen af de gravide kvinder efter fødslen genoptog deres misbrug, og en del af dem havde heller ikke selv omsorgen for barnet.<sup>163</sup>

Lovgivningen synes således i nogen grad at være symbolsk og uden større effekt. I dansk ret har der også før 1. juli 2007 været mulighed for, at en gravid stofmisbruger kunne bede om tvangsbehandling, men ingen af de tidligere amter havde tilbudt denne behandling. Ændringen af sundhedsloven adresserer en række af de problemstillinger, som frivillig tvang rejser, herunder hvilke tvangsmæssige foranstaltninger man overhovedet kan tage i brug, når den gravide kvinde efterfølgende nægter, herunder om man i yderste konsekvens skal have politiets bistand, og hvordan den gravide kvinde kan tilbagekalde sit samtykke.

Et regelsæt, der muliggør ufrivillig tvang som det norske, rejser en række problemstillinger, som følge af, at fosterets formålsafhængige status på dette område bliver lovfæstet og bestemt af samfundet og myndighederne, og ikke af kvinden selv. At det er centralt, at det er kvinden selv, der signalerer, hvad formålet med graviditeten er, kan synliggøres ved, at hvis en misbruger allerede ved påvisningen af en graviditet bliver udsat for eller truet med tvangsmæssige indgreb, er der en fare for, at denne kvinde kan føle sig tvunget til at få foretaget en abort. Sundhedslovens regler om svangerskabsafbrydelse kræver, at anmodningen om abort som udgangspunkt fremsættes af kvinden selv. Frivillighed er altså en grundlæggende forudsætning, og regelsættet indeholder da heller ikke hjemmel til tvang. At lade en formålsaf-

---

<sup>161</sup> Når der er ca. 84-114 dage til termin, se Karl Harald Søvig: *Tvang overfor rusmiddelafhængige – Sosialtjenesteloven §§ 6-2 til 6-3*, Bergen, 2007, p. 398.

<sup>162</sup> For så vidt angår alkoholikere, kan en gravid kvinde, der stopper sit misbrug fra graviditetens indtræden, stadig have effekterne af sit alkoholmisbrug i blodomløbet, og der kan derfor ske overførsel gennem moderkagen med skader til følge på fosteret. Se Emma Cave: *The Mother of All Crimes – Human Rights, Criminalization and the Child Born Alive*, Aldershot, 2004, p. 5. Et effektivt værn mod alkoholrelaterede fosterskader kræver således reelt, at man regulerer kvindens udfoldelsesmuligheder såvel før som under graviditeten.

<sup>163</sup> Karl Harald Søvig: *Tvang overfor rusmiddelafhængige – Sosialtjenesteloven §§ 6-2 til 6-3*, Bergen, 2007, p. 396-400.

hængig anskuelse, der ikke baserer sig på kvindens autonomi, være styrende for de rettigheder og forpligtelser, der påhviler den gravide kvinde, rejser altså en svær problemstilling, som i yderste konsekvens også svækker fosterets rettigheder, idet en tilgang, der opfatter relationen mellem kvinde og foster som konfliktbaseret, kan tvinge kvinden til at afslutte modsætningsforholdet ved at få foretaget en abort.

Karl Harald Søvig er som tidligere nævnt accepterende over for en stigning i aborttallet, da han ser det kommende barns sundhed som en større værdi, om end han er kritisk over for effekten af den norske lovgivning, idet afgørelser om tvangstilbageholdelse træffes på så sent et tidspunkt, at fosteret allerede vil være blevet påført skader. Et regelsæt, der hjemler tvang, rejser som nævnt en række dilemmaer i forhold til abort. For det første er ikke-eksistens og skader på barnet svært sammenlignelige størrelser.<sup>164</sup> Hvis en retsorden fastholder, at der ikke kan søges erstatning for at være blevet født med handicap eller skader (frem for ikke at være blevet født overhovedet), med henvisning til dybereliggende normer om livets ukrænkelighed, og at man derfor ikke kan rubricere et liv som ”ikke værd at leve”, kan man argumentere for, at denne holdning må gennemføres til debatten om tvang. Efter samme rationale kan ikke-eksistens således ikke foretrækkes frem for et liv med skader. For det andet er det en central værdi i abortreglerne, at abort bygger på frivillighed, og man må således både gøre sig overvejelser i forhold til fosterets status og i forhold til kvindens ret til reproduktiv og kropslig autonomi.

I Danmark er der som nævnt ikke hjemmel til tvangstilbageholdelse efter samme vidtgående regler som de norske, ligesom der ikke er hjemmel til tvangsabort, om end begge spørgsmål jævnligt rejses i den offentlige debat. I det følgende vil jeg belyse spørgsmålet nærmere for at undersøge om det overhovedet er foreneligt med de menneskeretlige figurer at indføre sådanne bestemmelser, hvorved det følgende også kan tjene som en kritik af de norske regler.

Mens retten til reproduktiv autonomi er indeholdt i de menneskeretlige figurer ret til privatliv og ret til familieliv, som kan udledes af adskillige menneskeretlige instrumenter, ser jeg Kvindekonventionen som det centrale menneskeretlige instrument i denne sammenhæng.

---

<sup>164</sup> Denne sammenligning har man således også været afvisende over for i erstatningsretten, se nærmere jr.nr. 02-3296, Patientforsikringens årsberetning 2002 om overvejelserne om, hvorvidt fødslen af et barn med Down's syndrom, hvis lidelse ikke var blevet afdækket af den fosterdiagnostiske undersøgelse, kunne betragtes som en skade i den forstand, at forældrene ville have valgt abort, hvis lidelsen var blevet diagnosticeret.

CEDAW-komitéen har i sin General Recommendation 19 (punkt 22 og 24(m)) udtalt, at tvangsmæssig abort udgør en fare for kvinders fysiske og psykiske helbred, og knytter derved retten til reproduktiv autonomi til et sundhedsmæssigt perspektiv. Mens rekommendationens punkt 22 bruger udtrykket ”*compulsory abortion*”, bruger punkt 24(m) udtrykket ”*prevent coercion in regard to fertility and reproduction*”. Herved synes området for tvang at være meget bredt, både for så vidt angår det reproduktive område og tvangens karakter. I præambelens 13. betragtning fremgår det, at konventionens motivering bl.a. er ”*that the role of women in procreation should not be a basis for discrimination*”, hvorved der til det sundhedsmæssige perspektiv altså tilføjes et ikke-diskriminationsperspektiv.

En gravid misbruger har en anden tærskel for, hvad der kan opfattes som tvang i forhold til tvangsmæssig abort, end en anden gravid kvinde. At blive tvangstilbageholdt er et alvorligt indgreb i den personlige frihed, om end netop frihedsberøvelse af misbrugere faktisk udgør et af de tilfælde, hvor der på menneskeretligt niveau er mulighed for staten for at gøre indgreb i retten til personlig frihed. Men da tvangstilbageholdelsen i forhold til den gravide netop kan udgøre en form for tvang i forhold til at styre hendes reproduktive valg, kan man ikke se spørgsmålet som isoleret set at dreje sig om frihedsberøvelse.<sup>165</sup> Kvinders reproduktive frihed har som nævnt både et sundhedsmæssigt perspektiv og et ikke-diskriminationsperspektiv. Mens Kvindekonventionens forbud mod diskrimination tager udgangspunkt i kønsdiskrimination (jf. art. 1), anfører Stine Jørgensen med henvisning til CEDAW komitéens praksis og den danske ligestillingslov, at ligestillingsbegrebet kan siges ”*at bevæge sig væk fra den traditionelle formelle forståelse af begrebet, hvor fokus var på kvinder i forhold til mænd ... Ligestillingsbegrebet skal derimod orientere sig mod det enkelte individ og dets muligheder i samfundet. Denne forståelse af ligestillingsbegrebet svarer på denne måde til den udvikling af begrebet i kvindekonventionens regi, hvor fokus ligeledes har ændret sig fra at være et spørgsmål om kvinder overfor mænd, til et spørgsmål om, at diskrimination handler om det enkelte individ*”. Det anføres herved også, at diskrimination mellem kvinder også opfanges af begrebet.<sup>166</sup> At gravide misbrugere stilles anderledes end andre

---

<sup>165</sup> For en nærmere analyse af tvangstilbageholdelsens forenelighed med EMRK art. 5 se Karl Harald Søvig: *Tvang overfor rusmiddelafhængige – Sosialtjenesteloven §§ 6-2 til 6-3*, Bergen, 2007, kapitel 5.

<sup>166</sup> Stine Jørgensen: *Etniske minoritetskvindens sociale rettigheder – Arbejdsmarked, seksualitet og uddannelse*, København, 2007, p. 92 og note 222. Se også Kirsten Ketscher: *Nogle udviklingslinjer i kvinderetten* i Ann Numhauser-Henning (red.): *Normativa perspektiv – festschrift til Anna Christensen*, Lund, 2000, p. 174, der om kvinderettens kvindebegreb anfører ”*I dag er den almindelige erkendelse formentlig, at konflikter mellem kvinder og ulighed*



gravide i forhold til at opleve tvangstilbageholdelse som et tvangsmiddel i relation til abort, betyder altså, at man – selvom man prøver at forbedre også kvindernes sundhed – stiller dem ringere, for så vidt angår reproduktive rettigheder. Dette på trods af, at gravide netop ses som en særlig udsat gruppe, hvis rettigheder og autonomi skal værnes, idet gravide eksplicit er tillagt særlige rettigheder i såvel Kvinde- som Børnekonventionen. Det kan således være på kant med Kvindekonventionen at stille gravide misbrugere ringere i deres ret til reproduktiv autonomi end andre gravide eller andre misbrugere. I norsk ret er der også mulighed for at tvangstilbageholde misbrugere, der er til fare for sig selv. At der eksisterer en særlig bestemmelse for gravide, må dermed betyde, at disse kvinder ikke opfylder lovens krav om tvangstilbageholdelse på grund af fare for sig selv, og at fare- og misbrugsbegrebet efter sosialtjenestelovens § 6-2a derfor har en lavere tærskel, hvorved gravide for det første er undergivet en anden målestok, men for det andet yderligere mister fodfæstet i deres ret til reproduktiv autonomi med fare for en abort med et tvangsmæssigt element.

### 3.2.5. Fosterets muligheder for erstatning fra moderen

Selvom en kvindes skadevoldende handlinger eller undladelser under graviditeten ikke er kriminaliserede i straffeloven, idet denne tidligst beskytter fosteret, fra fødslen er i gang,<sup>167</sup> kan det være relevant at se nærmere på, om et foster i stedet kan kræve erstatning for skader eller mén påført af moderen (evt. faderen). Disse skader behøver ikke blot at være skader som følge af fx alkohol- eller stofmisbrug, men kunne også være de skader fosteret pådrager sig som følge af moderens uagtsomme kørsel i bil,<sup>168</sup> hendes udøvelse af en risikabel sport eller som følge af faderens vold mod moderen.

Spørgsmålet om moderens erstatningsansvar for fosterskader ses ikke at have været genstand for nærmere behandling i den danske erstatningsretlige

---

*mellem kvinder kan være et ligeså interessant objekt som forholdet mellem kvinder og mænd”.*

<sup>167</sup> Dog kan en skade forvoldt i fosterstadiet, der medfører at fosteret dør efter det blev født levende, godt henføres til fx § 237 om drab, idet det er virkningens tidspunkt og ikke handlingens tidspunkt der er afgørende, se Vagn Greve, Asbjørn Jensen, Gorm Toftegaard Nielsen: Kommenteret straffelov, Speciel del, 8. omarbejdede udgave, København, 2005, p. 307-308. En sådan situation kunne tænkes at foreligge, hvis kvinden har skadet fosteret i forbindelse med bilkørsel, selvom der i praksis i reglen gives påtalefrafald til førere af motorkøretøjer, der i forbindelse med overtrædelse af færdselsloven har gjort sig skyldige i overtrædelse af § 241 ved at forvolde nærpårørendes død, jf. p. 319.

<sup>168</sup> Om tredjemands hensynsløse kørsel der bl.a. forårsagede, at en kvinde mistede sit foster se UfR 2006.1089H. Tiltalte blev for dette forhold dømt efter straffelovens § 249 (betydelig skade på legeme). Denne hændelse var ikke omfattet af EAL § 26, stk. 3 (særlig groft angreb på person eller frihed), og krav om godtgørelse blev derfor ikke taget til følge.

litteratur, ligesom der mig bekendt ikke er offentliggjort praksis, som nærmere kan belyse emnet. I britisk ret har man derimod taget udtrykkeligt stilling til dette spørgsmål, således at et barn som udgangspunkt ikke kan gøre sin moder erstatningsansvarlig for fosterskader, ligesom spørgsmålet om *maternal liability* også har været genstand for retsvidenskabelig interesse i common law landene.<sup>169</sup> I det følgende diskuteres det, om der her kan være tale om en værnet erstatningsinteresse, og der vil i et vist omfang blive paralleliseret til den erstatnings- og forsikringsretlige relation mellem forælder og barn.

Et barn kan godt fremsætte erstatningskrav mod sin mor eller far.<sup>170</sup> Det følger som tidligere nævnt af almindelige erstatningsretlige principper, at et barn også kan gøre krav på erstatning for fosterskader, hvis fosteret fødes levende. Fosterskader kan derfor først søges erstattet efter fødselsakten. Et sådant erstatningskrav kan navnlig tænkes at komme på tale, hvis forældrene er dækket af en ansvarsforsikring. De traditionelle familieforsikringspolicer dækker også personskader, som et sikret familiemedlem forvolder et andet ved uagtsom adfærd. Uanset om erstatning for fosterskaden kan søges ved domstolene eller dækkes af forsikring vil det dog være en forudsætning, at skaden er forvoldt ved en handling, der som minimum kan tilregnes den handlende som uagtsom.<sup>171</sup> Efter ældre erstatningsretlig teori ville dette skulle vurderes på baggrund af, om den gravide kvinde havde undladt at udvise den agtpågivenhed og omhu, som en "bona mater familias" ville have udvist. I nyere erstatningsretlig teori ses culpapreglen dog i et mere tidssvarende perspektiv, således at der lægges vægt på om den skadeforvoldende handling afviger fra et anerkendt handlemønster, sådan som det er fastsat i lov eller med hjemmel i lov, har fundet udtryk i retspraksis, fremgår af sæd-vane eller som i øvrigt følger af ulovfæstede normer og standarder. Denne tilgang synes også bedre i overensstemmelse med erstatningsrettens fundament; det anføres således af Anders Vinding Kruse, at "*erstatningskravene [vedrører] beskyttelsen af den enkeltes rettigheder ... og udgør som sådan en del af samfundets retshåndhævelsessystem. Erstatningskravet er således ligesom straffen en retshåndhævelsesform, hvis formål er at gennemtvinge samfundets øvrige normsystem, herunder navnlig beskytte de rettigheder,*

---

<sup>169</sup> Se eksempelvis Emily Jackson: *Medical Law – Text, Cases and Materials*, Oxford, 2006, p. 649-650, Rosamund Scott: *Rights, Duties and the Body*, Oxford, 2002, kapitel 6 og Sheena Meredith: *Policing Pregnancy*, Aldershot, 2005.

<sup>170</sup> Bo von Eyben og Helle Isager: *Lærebog i erstatningsret*, 6. udgave, København, 2007, p. 44 og 111-112.

<sup>171</sup> Om culpabegrebet, se Bo von Eyben og Helle Isager: *Lærebog i erstatningsret*, 6. udgave, København, 2007, kapitel 4.

*der er tillagt den enkelte borger, såsom hans liv, legeme ... etc.*<sup>172</sup> Spørgsmålet om der overhovedet foreligger en værnet erstatningsinteresse, må altså ses i sammenhæng med det øvrige normsystem, der bl.a. er udtrykt i retten gennem rettigheder og pligter. Det betyder, at den øvrige normering af rettigheder og pligter mellem gravid kvinde og foster kan spille en rolle. *”Baggrunden for erstatningsretten er...et spørgsmål om, hvilke goder retsordenen vil give retsbeskyttelse, hvilket igen bunder i et dybere lag, nemlig hvilken formueretlig, familieretlig og personretlig ordning, der gælder eller bør gælde i samfundet.*”<sup>173</sup> Fosteret er ikke i lovgivningen tillagt en ret til et sundt fostermiljø fra sin moder. Tredjemand kan dog være forpligtet til at udvise hensyn til fosteret, såsom det var tilfældet for en læge eller en arbejdsgiver, og disse kan også være erstatningsansvarlige for de skader, der påføres fosteret.

Relationen mellem gravid kvinde og foster tager derimod sit udgangspunkt i autonomiprincippet. Tvangsmæssige foranstaltninger af hensyn til fosterets sundhed er således ikke mulige efter dansk ret uden samtykke. Det dybere lag i denne relation er således netop en kategorisering, der ikke tillægger fosteret en sådan status, at den gravide kan pålægges forpligtelser, der indskrænker hendes selvbestemmelsesret.

I Familiens Basisforsikring dækker ansvarsforsikringen ikke ansvar for skader forvoldt som følge af selvforskyldt beruselse eller påvirkning af narkotika.<sup>174</sup> En gravid kvindes misbrug og de deraf følgende skader på fosteret kan således formentlig ikke karakteriseres som et ansvar, der er omfattet af forsikringen. Efter EAL kan såvel børn som personer, der lider af fornuftsmangel, blive erstatningsansvarlige. Det må derfor følge, at personer der på grund af beruselse har bragt sig i en situation, hvor de lider af fornuftsmangel også kan gøres erstatningsansvarlige.<sup>175</sup> Gravide misbrugere kunne således tænkes at falde ind under samme antagelse, men det er som nævnt tvivlsomt, om en sådan skade er en værnet erstatningsinteresse.

For så vidt angår motorkøreskader, dækker den lovpligtige ansvarsforsikring udelukkende personskader på passagerer, men ikke på føreren af bilen. Da et foster næppe kan karakteriseres som en passager, men der snarere må ske identifikation med føreren, kan der formentlig ikke siges at være et

---

<sup>172</sup> A. Vinding Kruse: Erstatningsretten, 5. udgave, København, 1989, p. 18.

<sup>173</sup> A. Vinding Kruse: Erstatningsretten, 5. udgave, København, 1989, p. 20.

<sup>174</sup> Jørgen Gawinetski og Henning Jønsson: Familieforsikring – en kommentar, 4. udgave, København, 2001, p. 284 og 346.

<sup>175</sup> Se Jørgen Gawinetski og Henning Jønsson: Familieforsikring – en kommentar, 4. udgave, København, 2001, p. 346.

dækket ansvar ved uagtsom kørsel, der medfører skader på fosteret. Ulykkesforsikringer omfatter kun børn, i det omfang de er anmeldt som sikrede modsat Familiens Basisforsikring. At der skal ske anmeldelse af børnenes antal ved fødsel, kunne tale for, at der ikke vil være dækning for fosterskader.

I britisk ret er et barn udelukket fra at søge erstatning fra sin mor, undtagen i forbindelse med uagtsom kørsel, jf. Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976, section 1 (1) og 2.<sup>176</sup> Undtagelsen for kørsel er begrundet i, at moderen selv vil drage fordel af sit erstatningsansvar, da der herved er mulighed for, at forsikringsselskabet kan udbetale erstatning til barnet (i praksis moderen) og derved støtte hende i omsorgen for det skadede barn.<sup>177</sup> En sådan mulighed harmonerer godt med, at den status, kvinden selv har tildelt fosteret, normerer fosterets beskyttelsesniveau.

En faders angreb på den gravide kvinde, der forårsager skader på fosteret, kan formentlig bedømmes efter EAL § 26, stk. 3, idet der dog er krav om, at angrebet skal være særlig groft. Er denne betingelse opfyldt må det antages, at såvel den gravide kvinde som fosteret, såfremt det senere fødes levende, kan være berettiget til godtgørelse.<sup>178</sup>

### **3.3. Ret til behandling**

I takt med at den medicinske viden vokser, vil det i højere grad blive muligt at give fosteret in utero behandling, fx i form af fosterkirurgi og fostermedicin. Det rejser spørgsmålet om, i hvilket omfang fosteret kan betragtes som en patient, samtidig med at enhver behandling af fosteret må gå gennem kvindens krop, og en behandling uden hendes informerede samtykke vil derfor udgøre en alvorlig krænkelse af hendes integritet.

---

<sup>176</sup> Se hertil The Law Commission: Report on Injuries to Unborn Children, Law Com. No. 60, Presented to Parliament, August 1974.

<sup>177</sup> Se også Emily Jackson: Medical Law – Texts, Cases and Materials, Oxford, 2006, p. 649-650. I Canada gælder tilsvarende regler, jf. Maternal Tort Liability Act, S.A. 2005, c. M-7.5.

<sup>178</sup> I dette tilfælde vil faderen utvivlsomt kunne straffes efter straffelovens § 249 i relation til kvinden, jf. UfR 2006.1089H, men kunne i lige så høj grad bedømmes efter §§ 244-245 (et angreb, som normalt ville henføres under § 244, kan være særligt farligt, når der er tale om en gravid kvinde og derfor undertiden henføres til § 245), se Vagn Greve, Asbjørn Jensen, Gorm Toftegaard Nielsen: Kommenteret straffelov, Speciel del, 8. omarbejdede udgave, København, 2005, p. 328 der henviser til DIK1993-95.232. Derimod er det uafklaret, om bestemmelserne om legemsangreb kan bruges i en situation, hvor barnet fødes som handicappet, fordi det som foster blev påvirket af et voldeligt indgreb, se Kommenteret straffelov, Speciel del, p. 308. Er dette ikke tilfældet, kunne man forestille sig, at tilsvarende overvejelser må gøre sig gældende i forhold til fostrets ret til erstatning efter EAL § 26, stk. 3.

Man kunne forestille sig, at en hiv-smittet kvinde ikke vil give samtykke til de foranstaltninger sundhedspersonerne iværksætter eller anbefaler for at undgå, at barnet smittes under fødslen.<sup>179</sup> Denne situation adskiller sig ikke fra den tidligere diskussion af tvangsmæssig behandling uden kvindens samtykke. Her blev det anført, at man ikke uden særlig hjemmel kan give en behandling uden samtykke af hensyn til fosterets sundhed, idet der dog synes at være en særlig status knyttet til det foster, der er ved at blive født, i relation til at redde dets liv.

En behandling af fosteret in utero knytter sig ikke i samme grad til indgreb på kvinden, men kan alligevel ikke betragtes løsrevet fra hensynet til kvindens ret til kropslig autonomi, idet behandling af fosteret kun kan ydes gennem hendes krop. I dette tilfælde er hensynet til fosteret ikke knyttet til den særlige *sanctity of life* status omkring fødselstidspunktet, og der kræves således kvindens informerede samtykke.

Så snart fødselsakten er afsluttet, vil der dog være muligheder for at behandle barnet, selvom moderen har nægtet, fx under inddragelse af det kommunale børn og unge-udvalg. Fødslen udgør altså her den rettighedsskabende begivenhed.

Det ovenstående anførte tager udgangspunkt i et konfliktperspektiv. Men lige så vigtigt er det at afdække, i hvilket omfang fosteret har en ret til behandling i et harmoniperspektiv. Hvis den gravide kvinde ønsker, at hendes foster skal modtage behandling, og derfor giver samtykke til et indgreb i sin krop, har læger og sygehus så en forpligtelse til at stille behandling til rådighed for fosteret?

Dette aspekt er allerede i et vist omfang blevet behandlet i afsnit 3.1.1, hvor det blev konkluderet, at der i flere menneskeretlige instrumenter var en forpligtelse for staterne til at stille sundheds- og behandlingstilbud til rådighed for gravide kvinder.

Fostermedicin og fosterkirurgi er et spirende medicinsk fagområde, som formentlig vil byde på stadig flere muligheder i fremtiden. Ultralydsscanning har været den metode, der primært har bidraget til mulighederne. Takket være højere opløsning og tredimensionel teknik kan man i dag afdække de fleste alvorlige fostermisdannelser før fødslen. Ultralydsscanning kan også indgå i at afdække kromosomfejl, således består den såkaldte tripletest af en nakkefoldsmåling og en række blodprøver fra moderen.

---

<sup>179</sup> Nærmere herom, se Sundhedsstyrelsens notat af 7. februar 2002 vedrørende HIV og behandling med kunstig befrugtning, jr.nr. 604-4-2001.

Hvor disse diagnostiske redskaber hidtil primært er blevet brugt til at informere kvinden om graviditeten, så hun kunne tage stilling til, om den skulle afbrydes eller fortsættes, eller til at give information om fosterets diagnose, således at behandling kunne iværksættes umiddelbart efter fødslen, er der dog også eksempler på egentlig terapi i fosterstadiet. De første forsøg på fosterterapi fandt sted i 1960'erne, hvor man ved svær Rh-immunisering med succes deponerede O-negativt blod i fosterets bughule. Fostertransfusioner er i dag rutineindgreb visse steder i verden. Men fosterkirurgi, smertelindring, medicinsk behandling, transplantationer og genterapi in utero er alle områder, der enten allerede udføres visse steder eller ventes at frembyde potentiale.<sup>180</sup>

Svaret på, om der er en forpligtelse til at stille behandling til rådighed for fosteret, hænger sammen med, i hvor høj grad kvinden har en ret til, at få en bestemt behandling. En kvinde med bopæl her i landet har ret til sundhedsydelser i det offentlige sundhedsvæsen.<sup>181</sup> Den enkelte patient har dog ikke ret til selv at bestemme indholdet af ydelserne. Om kvinden har ret til at få behandlet sit foster, er således primært et lægefagligt spørgsmål, idet hendes ønsker til behandlingen dog skal tillægges vægt. Fosteret styrkes således i sine rettighedspositioner gennem sin tilstedeværelse i kvindens krop.

Efter dansk ret vil der som udgangspunkt, og uanset baggrunden for at barnet er kommet til verden, være hjælpepligt i forhold til et *levendefødt* barn. Såfremt lægen efter en samlet vurdering finder, at barnet er levedygtigt, skal fornøden behandling iværksættes. Såfremt det vurderes, at barnet er uafvendeligt døende, skal fornøden omsorg gives.<sup>182</sup>

#### 4. Opsamling

At fosterets rettigheder har en nær sammenhæng med kvindens rettigheder, giver i et vist omfang sig selv på grund af den særlige kropslige forbundethed. Mens denne relation oftest har været belyst ud fra et konfliktbaseret udgangspunkt, som det er tilfældet med abort, er det dog lige så vigtigt at anskue fosterets rettigheder ud fra et harmonibaseret udgangspunkt, idet fosteret ofte i kraft af sin afledte status opnår et reelt værn i kraft af sin tilste-

---

<sup>180</sup> Se hertil E. Albert Reece & Carol J. Homko: *Embryoscopy, Fetal Therapy and Ethical Implications* i 57 Albany Law Review 709-731, 1994, Magnus Westgren m.fl.: *Fostermedicin – ung subspecialitet på väg att etablera sig i klinisk praxis* i Läkartidningen, Sveriges Läkarförbund, 2003:850-853 og Jan Perselli: *Fostersyn i svensk rätt*, Linköping, 1998, p. 13-14.

<sup>181</sup> Jf. dog også om EU-rettens betydning, se nærmere kapitel 4.

<sup>182</sup> Jf. vejledning nr. 9623 af 31/08/2005 om kriterier for levende- og dødfødsel mv.

deværelse i kvindens krop. I det omfang kvinder selv definerer fosteret som et barn, kan fosteret således opnå en *formålsafhængig status*, der udfoldes gennem kvindens rettigheder.

Denne identifikation mellem kvinde og foster betyder, som belyst i kapitlets første del om retten til liv, at kategorien *levedygtig* ikke har betydning på de retsområder, der ikke omhandler abort. Derimod kunne kategorien *ved at blive født* identificeres som en selvstændig kategori med betydelige retlige implikationer tilknyttet. Det foster, der er ved at blive født, har således en særlig tungtvejende status, hvor hensynet til kvindens selvbestemmelsesret efter omstændighederne synes at kunne tilsidesættes for at realisere fosterets umiddelbart forestående formål som et barn. Den information, der skal gives til kvinden, før et akut kejsersnit iværksættes, kan således tilpasses situationens akutte omstændigheder, ligesom en læge, der mod kvindens vilje udfører et kejsersnit af hensyn til at redde fosteret, formentlig ikke kan straffes.

For så vidt angår fosterets ret til sundhed, er der ingen muligheder for at gennemtvinge denne ret uden kvindens medvirken. Er der konflikt mellem kvinde og foster, vægtes hensynet til kvindens autonomi tungere. Derimod opnår fosteret en afledt beskyttelse i en harmonisituation gennem den særstatus, den gravide kvinde har i forbindelse med fx svangreomsorg, lægelig behandling og arbejdsmiljøregulering. Her er der opstillet særlige beskyttelsesbestemmelser, der understøtter kvindens selvbestemmelsesret, således at fosteret ikke skades som følge af, at kvinden endnu ikke er bekendt med svangerskabet, eller som følge af, at kvinden ikke får stillet tilstrækkelig sundhedsmæssig omsorg til rådighed.

I forbindelse med arbejdsmiljø og biomedicinske forsøg er der yderligere fastsat begrænsninger for, hvad et foster må udsættes for, som er uafhængige af kvindens autonomi. Denne præceptive regulering understøtter således kvindens selvbestemmelsesret i situationer, hvor hun på grund af et afhængighedsforhold kan have svært ved at udfolde sin autonomi, idet det ud fra, hvad man kunne kalde et forsigtighedsprincip, forudsættes at kvinden selv kategoriserer fosteret som et kommende barn. Men beskyttelsen varetager også ud fra et potentialitetssynspunkt hensynet til det kommende barns sundhed.

## Kapitel 6

### Det døde foster

*"The gallery was in a parade of shops ... displayed there was an article...It consisted of a model's head to each ear of which was attached an earring. The earring was made out of a freeze-dried human foetus of three or four months' gestation. The foetus was attached to the ear by means of a ring fitting tapped into the skull of the foetus, and the upper end of that fitting was attached to the lobe of the model's ear ... Although he said to the police that he did not think it very attractive, he knew that the earrings were in fact human foetuses and he said to the police: 'Why, is that wrong?'"*

R. v. Gibson [1990] 91 Cr. App. R. 341

#### 1. Præsentation og plan for kapitlet

Spørgsmålet om, hvordan fosteret kategoriseres retligt, kan også diskuteres i forhold til livets afslutning: Kategoriseringen af det døde foster kan i denne kontekst volde dobbelte problemer, idet de to problemfelter, livets begyndelse og livets afslutning, her mødes i samme entitet.

At afdøde mennesker har en bestemt retlig og etisk status kommer til udtryk på flere måder. En person, der antages at være afgået ved døden, skal således anbringes under forsvarlige forhold. Er dødens indtræden ikke åbenbar, skal den pågældende være under jævnlige tilsyn og må ikke føres til lighus, før en læge har iagttaget dødstegn. Førend ligsyn er afsluttet og dødsattest er udstedt, må liget ikke anbringes i kiste eller føres til kapel, jf. sundhedslovens § 183. Disse beskyttelsesbestemmelser kan især begrundes i et hensyn til de levende, der kan have tillid til, at anbringelse i kiste og begravelse kun finder sted, når dødens indtræden er sikker.<sup>1</sup> Men selv efter at dødens ind-

---

<sup>1</sup> Dette afspejles også i vejledning nr. 10101 af 19/12/2006 om ligsyn, indberetning af dødsfald til politiet og dødsattester mv., punkt 5.1, hvorefter en ikke-læge kun kan konstatere, at pågældende er død, såfremt dødens indtræden er åbenlys, fx på grund af forrådnelse eller åbenlyst dødelige kvæstelser, såsom at hovedet er adskilt fra kroppen. En lægpersons konstatering vil i dette tilfælde have den retsvirkning, at der ikke er pligt til at føre tilsyn med liget, idet det er åbenbart, at genoplivning ikke er mulig. Liget kan dog ikke føres til lighus, før en læge har konstateret dødstegn. Foruden et hensyn til de levende, herunder hensynet til



træden er konstateret, er såvel det gravlagte lig som lig, der ikke er undergivet varetægt<sup>2</sup> beskyttet i straffelovens § 139.<sup>3</sup> Bestemmelsen vedrører ud over usømmelig omgang med lig også en beskyttelse af gravfreden, idet det er strafbart at forstyrre bisættelsesstedet og den dertil hørende udsmykning.

Derudover er en afdød også ydet en vis grad af privatlivsbeskyttelse. Uberettiget videregivelse af meddelelser eller billeder vedrørende en andens private forhold eller billeder af den pågældende under omstændigheder, der åbenbart kan forlanges unddraget offentligheden, er strafbar i henhold til straffelovens § 264 d. Det fremgår udtrykkeligt, at beskyttelsen også gælder afdøde, idet strafbarheden dog i nogen grad afhænger af, hvilket tidsrum der er forløbet siden dødsfaldet.<sup>4</sup> Omtale og billeder optaget i forbindelse med selvmord fremhæves særligt som bestemmelsens anvendelsesområde,<sup>5</sup> men det anføres mere generelt, at der må ske en afvejning mellem hensynet til ikke at blottlægge afdødes private forhold på den ene side og på den anden side hensynet til den historiske ytringsfrihed. Selvom der samtidig kan være sket en krænkelse af efterkommere eller andre, er den afdøde således også et selvstændigt beskyttet subjekt.

Inden for persondatabeskyttelsesretten anses afdøde også for et individ, således at oplysninger om afdøde ikke altid frit kan behandles. Da der ikke er tale om en anticiperet beskyttelse (hvilket er et af de hensyn, der begrunder en beskyttelse af fosteret), er der således tale om en selvstændig – og ikke blot en afledt – beskyttelsesinteresse.<sup>6</sup> Peter Blume anfører,<sup>7</sup> at det i forbindelse med gennemførelsen af persondataloven blev overvejet, om *”denne interesse skulle afgrænses således, at den udelukkende aktualiseres i det omfang, den kan relateres til en levende person. Denne opfattelse ... er dog ikke lagt til grund i gældende ret”*, men efter Peter Blumes opfattelse må ræsonnementet alligevel tillægges en vis betydning, således at det tidsrum, der er forløbet siden dødsfaldet, må tillægges en vis betydning på linje med

---

evt. genoplivning, er der også et hensyn til politiets arbejde med evt. efterforskning af dødsfaldet.

<sup>2</sup> Vagn Greve, Asbjørn Jensen og Gorm Toftegaard Nielsen: Kommenteret straffelov – speciel del, 8. omarbejdede udgave, København, 2005, p. 96-97.

<sup>3</sup> Se fx UfR 2002.1382Ø, hvor en person blev straffet for at skære fingeren af et lig.

<sup>4</sup> Vagn Greve, Asbjørn Jensen og Gorm Toftegaard Nielsen: Kommenteret straffelov – speciel del, 8. omarbejdede udgave, København, 2005, p. 391.

<sup>5</sup> Udvidelsen af beskyttelsen i § 264 d blev indført ved lov nr. 89 af 29/03/1972 om ændring af borgerlig straffelov m.v.

<sup>6</sup> Se også Mette Hartlev: Fortrolighed i sundhedsretten – et patientretligt perspektiv, København, 2005, 34-35.

<sup>7</sup> Peter Blume: Databeskyttelsesret, 3. udgave, København, 2008, p. 17-18.

straffelovens beskyttelse, og den retlige status, der er tillagt afdøde kan således generelt både begrundes i en direkte retsbeskyttelse og en afledt status. Det fødte menneske er således også kategoriseret som en retlig person omkring og efter dødens indtræden. Dette leder til spørgsmålet om, hvilken retlig position det døde foster indtager.

Dette kapitel vil belyse, hvordan det døde foster kategoriseres efter en abort. Kategoriseringen afdækkes både i forhold til grænsen mellem en abort og et dødfødt barn og i forhold til forskellige typer af anvendelsesmuligheder af abortmaterialet. Herved inddrages også de relevante retlige aktører, hvis rettigheder er med til at tegne billedet af det døde fosters retlige position.

## 2. Kategorisering af det døde foster

### 2.1. Grænsen mellem abort og dødfødt barn

Et dødt foster kategoriseres retligt som et dødfødt barn, hvis det fødes efter udgangen af 22. svangerskabsuge uden at vise livstegn.<sup>8</sup>

”Ved livstegn forstås: vejrtrækning, hjerteslag, pulsation i navlesnoren, eller tydelige bevægelser. Følger af kompression/dekompression i fødselsvejen (fx i form af meddelt pulsation eller gisp) vil kunne fejltolkes som livstegn, hvorfor vurderingen af, om den nyfødte viser livstegn, først bør ske efter fuldstændig fødsel/fremhjælpning er sket (herunder efter eventuelle forsøg på oplivning). Det tillægges ikke betydning, om navlesnoren på vurderingstidspunktet er overskåret, eller om moderkagen er løsnet ... At barnet er levendefødt, er ikke ensbetydende med, at det er levedygtigt.”

Denne ændring af tidsgrænsen fra 28. uge til 22. uge blev indført i 2004 ved en ændring af ligsynsloven.<sup>9</sup> Det fremgår af bemærkningerne,<sup>10</sup> at grænsen blev rykket dels af hensyn til forældrene og deres følelse af at have mistet et barn og dels på grund af den medicinske udvikling, som medførte, at man kunne redde stadigt tidligere fødte børn. Grænsen har således betydning for, hvornår der er tale om en spontan abort eller et dødfødt barn.

---

<sup>8</sup> Jf. sundhedslovens § 189, stk. 1.

<sup>9</sup> Lov nr. 133 af 02/02/2004 om ændring af lov om ligsyn, obduktion og transplantation m.v. og børneloven (Ændring af grænsen mellem abort og dødfødsel og forenkling af reglerne om registrering af faderskab til dødfødte børn).

<sup>10</sup> Bemærkninger til L 91 – forslag til lov om ændring af lov om ligsyn, obduktion og transplantation m.v. og børneloven (Ændring af grænsen mellem abort og dødfødsel og forenkling af reglerne om registrering af faderskab til dødfødte børn), almindelige bemærkninger, afsnit 2.2.

I det omfang en provokeret abort finder sted efter udgangen af 22. svangerskabsuge, vil det ligeledes blive betragtet som et dødfødt barn. Er et af livstegnene observeret, er der også tale om et dødfødt barn, uanset at fødslen sker før 22-ugers-grænsen, og uanset at der er tale om et indgreb efter sundhedslovens bestemmelser om svangerskabsafbrydelse.<sup>11</sup> En sen provokeret abort kan, som nævnt i kapitel 4, ikke tillades, når fosteret formodes at være levedygtigt, medmindre omstændigheder omfattet af den eugeniske indikation afgørende taler for det, eller der er fare for kvindens liv eller helbred, jf. sundhedslovens §§ 94, stk. 3 og 93. Levedygtighedskriteriet kan aktuelt fastsættes til omkring 24. uge, og det kan således forekomme, at en sen provokeret abort kategoriseres som et dødfødt *barn*.

## 2.2. Retsvirkninger

### 2.2.1. Dødfødte børn

Grænsen på 22 uger har retsvirkninger for såvel fosteret som forældrene og andre i forhold til en lang række andre retlige implikationer, der følger af, at fosteret opfattes som et barn. Dette gælder anmeldelse af fødslen,<sup>12</sup> navngivning,<sup>13</sup> begravelse,<sup>14</sup> begravelseshjælp,<sup>15</sup> fastlæggelse af faderskab<sup>16</sup> og

---

<sup>11</sup> Jf. vejledning nr. 9623 af 31/08/2005 om kriterier for levende- og dødfødsel mv.

<sup>12</sup> Vejledning nr. 151 af 08/08/2001 om jordemødres virksomhedsområde, journalføringspligt, indberetningspligt mv., afsnit 8.1.2.1.

<sup>13</sup> Er barnet dødfødt, kan man få indføjet barnets navn i kirkebogen med et kaldenavn. Se Folketingets samling 2003-04, L 91 – Forslag til lov om ændring af lov om ligsyn, obduktion og transplantation m.v. og børneloven (ændring af grænsen mellem spontan abort og dødfødsel og forenkling af reglerne om registrering af faderskab til dødfødte børn), almindelige bemærkninger, afsnit 2.1.

<sup>14</sup> Der er ret og pligt til at få det dødfødte barn begravet/bisat i medfør af lov nr. 346 af 26. juni 1975 om begravelse og ligbrænding (begravelsesloven), § 1. Dette gælder dog ikke, når fosteret betragtes som en abort. Se hertil bekendtgørelse nr. 593 af 01/12/1975 om begravelse og ligbrænding, § 2, stk. 2.

<sup>15</sup> Se sundhedslovens § 160. Der er ingen nedre grænse for, hvor længe svangerskabet skal have været ved udbetaling af begravelseshjælp. Er der tale om et aborteret foster, hvor der ikke skal udstedes dødsattest, ydes der efter administrativ praksis også begravelseshjælp, dog skal det dokumenteres på anden vis end ved dødsattest, at fosteret er udleveret fra sygehuset til begravelse. Se bemærkningerne til L 91 – Forslag til lov om ændring af lov om ligsyn, obduktion og transplantation m.v. og børneloven. (Ændring af grænsen mellem spontan abort og dødfødsel og forenkling af reglerne om registrering af faderskab til dødfødte børn), almindelige bemærkninger, afsnit 2.1 og Besvarelse af spørgsmål nr. 19 (L 91 – bilag 7), som Retsudvalget har stillet indenrigs- og sundhedsministeren den 11. december 2003, Indenrigs- og Sundhedsministeriets j.nr. 2003-12172-8.

<sup>16</sup> Børneloven giver således ikke mulighed for, at faderskab til aborter kan anerkendes eller registreres. Fastslåelse af faderskabet medfører, at der kan pålægges faderen bidrag til modrens underhold i forbindelse med fødslen og til omkostningerne ved barnets begravelse. Ef-

barselorlov for forældrene.<sup>17</sup> Grænsen betyder også, at der for fostre, som betragtes som dødfødte børn, skal foretages ligsyn og udstedes dødsattest efter bestemmelserne herom.<sup>18</sup> Forældremyndighedens indehaver<sup>19</sup> kan også efter sundhedslovens § 53, stk. 4 give samtykke til, at væv eller andet biologisk materiale kan udtages med henblik på behandling af et andet menneske (transplantation), eller til hospitalsobduktion efter lovens § 187, stk. 4, hvilket også kan omfatte tilladelse til, at væv eller andet biologisk materiale udtages med henblik på lægevidenskabelig eller undervisningsmæssigt brug eller til brug for transplantation.<sup>20</sup>

Man kan argumentere for, at 22-ugers-grænsen, i forlængelse af ovennævnte retsvirkninger, også har betydning for den strafferetlige beskyttelse af den døde fosterkrop. Dette indebærer, at straffelovens § 139 om usømmelig omgang med lig efter min opfattelse finder anvendelse, for så vidt angår de fostre, der kategoriseres som dødfødte børn, men ikke for så vidt angår de døde fostre, der kategoriseres som aborter. Dette er også i overensstemmelse med de tilsvarende bestemmelser i den tyske og norske straffelov. I den britiske sag *R. v. Gibson*,<sup>21</sup> som blev citeret indledningsvis i dette kapitel, blev et galleris udstilling af 3-4 måneder gamle frysetørrede fostre som øringer således også bedømt som en "offence of outraging public decency", jf. the Obscene Publication Act 1959 og ikke som usømmelig omgang med lig.<sup>22 23</sup>

---

ter børnelovens § 2, stk. 2 kan en mand, hvis et barn er dødfødt eller dør, før registreringen af barnets fødsel finder sted, registreres som far til barnet i forbindelse med registreringen af barnets fødsel, hvis både han og moderen sammen skriftligt erklærer, at de ønsker ham registreret som faderen.

<sup>17</sup> Lovbekendtgørelse nr. 1047 af 28/10/2004 om dagpenge ved sygdom eller fødsel, § 13.

<sup>18</sup> Ligsyn foretages af en læge og har til formål at konstatere, om døden er indtrådt. Ved ligsynet skal dødstegn iagttages, og døds måde og dødsårsag så vidt muligt fastslås, jf. Sundhedslovens § 178. Når ligsyn er afsluttet, skal lægen udstede dødsattest, jf. sundhedslovens § 182. Det fremgår af lovens § 189, stk. 1, at disse bestemmelser også finder anvendelse på børn, der efter udgangen af 22. svangerskabsuge fødes uden at vise livstegn (dødfødte børn).

<sup>19</sup> Forældremyndighedens indehaver vil som udgangspunkt betyde kvinden (se børnelovens § 30, hvor princippet om det automatiske moderskab for den fødende kvinde er fastslået, også ved kunstig befrugtning), idet registrering af faderskab til et dødfødt barn som nævnt ovenfor kræver en skriftlig erklæring fra begge parter og ikke nødvendigvis betyder, at han har del i forældremyndigheden.

<sup>20</sup> Om de fostre, der betragtes som dødfødte børn i relation til obduktion og transplantation, se Ulla Hybel: Forsøgspersoner – om den retlige beskyttelse af mennesker, der deltager i biomedicinske forsøg i Danmark, København, 1998, p. 194-195.

<sup>21</sup> *R. v. Gibson* [1990] 91 Cr. App. R. 341.

<sup>22</sup> I *Hadri-Vionnet v. Switzerland*, application no. 55525/00 (Cour – Cinquième Section) af 14. februar 2008 havde klageren født et dødfødt barn, hvis alder var 26 uger og 2 dage. Jordemoderen på det asylcenter, hvor dødfødslen fandt sted, indberettede dødfødslen til de

### 2.2.2. Aborterede fostre

Er der tale om et spontant aborteret eller provokeret aborteret foster, betragtes fosteret som en abort, forudsat at svangerskabet er gået mindre end 22 fulde uger, og der ikke er observeret livstegn.<sup>24</sup> Retsvirkningen heraf er bl.a., at der ikke skal foretages ligsyn og udstedes dødsattest, ligesom straffelovens bestemmelse om usømmelig omgang med lig heller ikke finder anvendelse. Reglerne om ligsyn, obduktion og transplantation finder heller ikke anvendelse på disse aborterede fostre, jf. sundhedslovens § 189, stk. 1 modsætningsvis. I den kontekst kategoriseres det aborterede døde foster altså ikke som en afdød person.

Der er således ikke ret og pligt til begravelse eller ligbrænding. Nedgravning af aborterede fostre på kirkegårde kan dog ske efter aftale med grave- ren/kirkegårdsbestyrelsen.<sup>25</sup> Selvom alle sygehuse har rutiner vedrørende håndtering af aborterede fostre, varierer disse. For fostre, der aborteres inden udgangen af 12. uge, er der de fleste steder ikke særlige procedurer, og forældrene rådspørges ikke ved håndtering af abortvævet. Fostrene bortskaffes som biologisk materiale, idet aborter i denne sammenhæng retligt kategoriseres som *klinisk risikoaffald*.

Klinisk risikoaffald defineres som affald, der på grund af risiko for smittefare indsamles særskilt fra sygehuse, klinikker, forskningsinstitutioner, laboratorier og lignende.<sup>26</sup> Hvornår vævet ændrer karakter fra væv, der bruges i behandlings- eller forskningsøjemed, til væv, der betragtes som affald med *smittefare*, afhænger af sygehusets egen kategorisering af vævet. Vævet kategoriseres således først som klinisk risikoaffald, i det øjeblik sygehuset ønsker at *bortskaffe* det, fordi det ikke længere tjener et diagnostisk eller behandlings- eller forskningsmæssigt formål. I medfør af Miljøstyrelsens vej-

---

kommunale myndigheder. Efter schweizisk ret var ikke ret og pligt til begravelse, når det dødfødte barn var født i begyndelsen af 27. uge, og de kommunale myndigheder havde således foranlediget begravelse af det døde foster uden ceremoni og uden kvindens vidende eller tilstedeværelse. EMD fastslog, at dette, samt det faktum at barneliget var blevet transporteret i en varevogn til kirkegården, var en krænkelse af art. 8. At liget af det døde foster skulle behandles mere respektfuldt, end det var sket, knyttes dog ikke til en beskyttelse af det døde foster, men til kvindens rettigheder. Sagen behandles i øvrigt nærmere senere nedenfor.

<sup>23</sup> 22-ugers-grænsen har ikke betydning for den strafferetlige beskyttelse af fosteret in vivo.

<sup>24</sup> Jf. vejledning nr. 9623 af 31/08/2005 om kriterier for levende- og dødfødsel mv.

<sup>25</sup> Cirkulære nr. 148 af 01/07/1950 til stiftsovrighederne om nedgravning på kirkegårdene af dødfødte, for tidligt fødte fostre. Se også bemærkningerne til L 91 – Forslag til lov om ændring af lov om ligsyn, obduktion og transplantation m.v. og børneloven. (Ændring af grænsen mellem spontan abort og dødfødsel og forenkling af reglerne om registrering af faderskab til dødfødte børn), almindelige bemærkninger, afsnit 2.1.

<sup>26</sup> Jf. Miljøstyrelsens bekendtgørelse nr. 1634 af 13. december 2006 om affald, pkt. 13.2.

ledning om klinisk risikoaffald betragtes aborter, der skal bortskaffes, også som klinisk risikoaffald, selvom vævet ikke klassificeres som affald med smittefare.<sup>27</sup> Det betyder, at vævet skal bortskaffes ved forbrænding, idet der af *æstetiske grunde* er ønske om, at genkendelige vævs- eller legemsdele er ugenkendelige efter bortskaffelsen. Fostrene skal således opsamles i en særskilt plastspand, der skal mærkes og lukkes forsvarligt og opbevares på et egnet og aflåst opbevaringssted sammen med øvrigt klinisk risikoaffald.<sup>28</sup> Sygehusets kliniske risikoaffald afhentes med passende mellemrum af en af kommunalbestyrelsen reguleret renovationsordning.<sup>29</sup>

Der er forskellige rutiner på de enkelte hospitaler for håndteringen af aborter. Efter udgangen af 12. uge, nogle steder 16. eller 20. uge, men altid individuelt efter forældrenes ønske, er der særlige rutiner. Alle forældre, der ønsker det, får dog fosteret udleveret med en nedgravningsattest, sådan at fosteret kan nedgraves og de kan modtage begravelseshjælp. Viborg Sygehus har i en opgørelse foretaget over en periode på 2 år, hvor forældrene kunne vælge mellem bortskaffelse, anonym nedgravning og nedgravning med forældrenes medvirken (”begravelse”), konstateret, at næsten alle ønskede fosteret bortskaffet før 16. uge. Fra 16.-24. uge ønskede 75 % anonym nedgravning, enkelte bortskaffelse og knapt 25 % ”begravelse”. Fra 24. uge ønskede de fleste ”begravelse”, meget få anonym nedgravning og ingen bortskaffelse.<sup>30</sup> Forældrenes opfattelse af fosterets status stiger altså i takt med fosterets alder, og den aktuelle grænse på 22 uger imødekommer således, i højere grad end den tidligere grænse på 28 uger, forældrenes ønske om, at deres døde foster kan kategoriseres som et *dødfødt barn*.

Sniff Andersen Nexø omtaler,<sup>31</sup> at der i nyere tid er opstået praksis for, at enkelte hospitaler indsamler såvel spontane som provokerede aborter med henblik på kremering og anonym nedgravning uden kvindens vidende. Aborterne anbringes i børnekister i et antal af 5-6 i hver kiste og nedgraves på kirkegårdens anonyme fællesgrav – antagelig kan et element af kirkelig

---

<sup>27</sup> Bortskaffelse er omfattet af miljøstyrelsens vejledning nr. 60178 af 01/08/1998 om håndtering af klinisk risikoaffald, jf. punkt 3.2.

<sup>28</sup> Jf. vejledningens afsnit 5.2 og 5.7.

<sup>29</sup> I Københavns Kommune er den nærmere regulering fastsat i Regulativ om håndtering af klinisk risikoaffald vedtaget af Borgerrepræsentationen 8. marts 2007. Se nærmere om renovationsordningen i København på [www.miljoe.kk.dk/klinisk/bestilling#](http://www.miljoe.kk.dk/klinisk/bestilling#) /jan. 2008.

<sup>30</sup> Se Besvarelse af spørgsmål nr. 19 (L 91 – bilag 7), som Retsudvalget har stillet indenrigs- og sundhedsministeren den 11. december 2003, Indenrigs- og Sundhedsministeriets j.nr. 2003-12172-8.

<sup>31</sup> Sniff Andersen Nexø: *Over grænser. Om fostres foranderlige betydninger i medicinske praksisser* i Årsskrift for Medicinsk Museion 2006, p. 35-42.

handling også finde sted ved hospitalets præst. Denne praksis blev kendt i offentligheden, efter at en spontant aborterende kvinde efterfølgende havde ønsket oplysninger om abortvævet. Efter min opfattelse giver regelsættet ikke mulighed for, at sygehusene på denne måde af egen drift kan kategorisere et aborteret foster som et dødfødt *barn*. Denne kompetence er alene tillagt kvinden, som kan undtage aborten fra at blive betragtet som klinisk risikoaffald ved at anmode om udlevering med henblik på nedgravning. På den anden side kan der efter min opfattelse ikke pålægges bøde efter Miljøstyrelsens bekendtgørelse i disse tilfælde,<sup>32</sup> ligesom hverken sundhedsloven eller persondataloven, som jeg vil vende tilbage til nedenfor, forhindrer hospitalet i at videregive abortvævet. For denne fortolkning taler dog sagen *Hadri-Vionnet v. Switzerland*,<sup>33</sup> hvor klageren havde født et dødfødt barn, hvis alder var 26 uger og 2 dage. Jordemoderen på det asylcenter, hvor dødfødslen fandt sted, indberettede dødfødslen til de kommunale myndigheder. Efter schweizisk ret var ikke ret og pligt til begravelse, når det dødfødte barn var født i begyndelsen af 27. uge, og de kommunale myndigheder havde således foranlediget begravelse af det døde foster uden ceremoni og uden kvindens vidende eller tilstedeværelse. EMD fastslog, at dette, samt det faktum at barnelivet var blevet transporteret i en varevogn til kirkegården, var en krænkelse af art. 8. Det må således opfattes som en del af *kvindens* ret til privatliv og familieliv at få lejlighed til at planlægge og deltage i begravelsen af det døde foster, og at se fosteret blive ført bort i et passende transportmiddel, uanset, at fosteret ikke efter den nationale lov blev kategoriseret som et dødfødt barn:

”... la Cour considère l'article 8 comme applicable à la question de savoir si la requérante était en droit d'assister à l'enterrement de son enfant, éventuellement accompagné d'une cérémonie, et de voir sa dépouille transportée dans un véhicule approprié.”<sup>34</sup>

På den baggrund må den danske praksis, hvor døde fostre bortskaffes, uden at kvinden inddrages, betragtes som i strid med EMRK.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Idet materialet ved kremering også bortskaffes ved forbrænding.

<sup>33</sup> *Hadri-Vionnet v. Switzerland*, application no. 55525/00 (Cour – Cinquième Section) af 14. februar 2008.

<sup>34</sup> Jf. pr. 52.

<sup>35</sup> I forlængelse heraf kan den døde fosterkrop, som tidligere nævnt, således også opnå en afledt status knyttet til kvindens selvbestemmelsesret. I det omfang kvinden selv ønsker, at fosteret skal betragtes som et dødfødt barn, må den danske praksis, hvor fostrene placeres i et antal af 5-6 i hver barnekiste, også anses for en krænkelse af kvindens rettigheder efter art. 8. I dette perspektiv er det altså også relevant at drøfte spørgsmålet om bortskaffelse med kvinden.

### *2.2.3. Selvbestemmelsesret over væv fra aborterede foster*

Man kan diskutere, hvilken status det væv, som kvinden afgiver ved det indgreb, hvorved svangerskabet afbrydes, har i forhold til andet biologisk materiale, som kvinden afgiver ved en behandling; dvs. om abortmaterialet betragtes som kvindens biologiske materiale i henhold til sundhedslovens kapitel 7 om selvbestemmelse over biologisk materiale. Efter § 29, stk. 1 kan en patient ved registrering i Vævsanvendelsesregisteret beslutte, at biologisk materiale, som patienten afgiver eller har afgivet i forbindelse med behandling, *kun* må anvendes til behandling af den pågældende og til formål, der har en umiddelbar tilknytning hertil. Det fremgår dog af bemærkningerne til sundhedsloven, at lovens kapitel 7 ikke finder anvendelse i relation til svangerskabsafbrydelse.<sup>36</sup> Denne undtagelse er ikke nærmere begrundet, og man kan diskutere, om abortmateriale adskiller sig fra øvrigt biologisk materiale i en sådan grad, at det bør undtages fra selvbestemmelsesretten. Et abortindgreb er utvivlsomt omfattet af behandlingsbegrebet, og der er således tale om materiale, der er afgivet af en patient i forbindelse med behandling. Bemærkningerne til den oprindelige ændring om selvbestemmelse over biologisk materiale<sup>37</sup> nævner ikke eksplicit abortmateriale, men nævner bredt forskellige typer af prøver, der udtages i forbindelse med diagnostik, behandling eller øvrig kontakt med sundhedsvæsenet. Baggrunden for sundhedslovens kapitel 7, fremhæves det i bemærkningernes punkt 4, er de store mængder af personfølsomme oplysninger, der nu er mulige at aflæse som følge af de videnskabelige fremskridt. Dette skaber et beskyttelsesbehov for patienten, der varetages gennem patientens selvbestemmelsesret, som herefter også omfatter en såkaldt "*opt out*" mulighed med hensyn til ikke-behandlingsrelateret anvendelse af afgivet biologisk materiale ved registrering i Vævsanvendelsesregisteret, ligesom patienten som udgangspunkt har ret til at få det biologiske materiale destrueret eller udleveret.

I forhold til beskyttelsesbehovet adskiller abortmateriale sig fra øvrigt humant biologisk materiale ved kun at indeholde halvdelen af kvindens arvemasse. Her kan 22-ugers-grænsen have en betydning for, om man betragter materialet som personhenførbart, idet det døde, aborterede foster ikke umiddelbart vil være personhenførbart, mens det dødfødte barn må have opnået en retlig personlighed i den forstand, at man må overveje, om materialet har en sådan individualiseret status, at det kan betragtes som person-

---

<sup>36</sup> Folketingssamling 2004-05, 2. samling, L 74, bemærkninger til afsnit VII, Svangerskabsafbrydelse og fosterreduktion, til kapitel 25-28.

<sup>37</sup> Folketingssamling 2003-04, L 89 forslag til lov om ændring af patienters retsstilling (selvbestemmelse over biologisk materiale, der er afgivet i forbindelse med behandling), punkt 2 og punkt 4, ad 1.



henførbart og derfor som personoplysninger i persondatalovens forstand.<sup>38</sup> At det dødfødte barn tildeles et administrativt cpr-nummer<sup>39</sup> og bliver registreret i kirkebogen med angivelse af køn, gør det nærliggende at antage, at dette er tilfældet. Er et aborteret foster blevet nedgravet, vil det dog også blive udstyret med et administrativt cpr-nummer, således at oplysninger vedrørende den kirkelige handling kan noteres i kirkebogen. I dette tilfælde, hvor forældrene selv kategoriserer abortvævet som noget mere end en abort, vil det altså også kunne opnå en vis retlig personlighed.<sup>40</sup>

Materialet genspejler også oplysninger fra såvel kvinden som manden, hvilket i begge tilfælde kunne tale for at betragte det som væv, hvorfra der kan udledes personfølsomme oplysninger. Det kan således diskuteres, om man burde anerkende, at kvinden kan have interesse i at råde over abortmaterialet.

Hvorvidt manden også bør kunne disponere over materialet, er mere usikkert. Mandens manglende civilretlige rettigheder (som følge af, at det juridiske faderskab ikke kan fastslås for aborter) taler på den ene side for, at det aborterede foster alene er knyttet til kvinden og hendes rettigheder. På den anden side kan der være tilfælde, hvor det juridiske faderskab er sikkert, nemlig i forbindelse med kunstig befrugtning behandling: Er en kvinde blevet kunstigt befrugtet af en læge eller under en læges ansvar, anses hendes ægtemand eller partner som barnets far, hvis han har givet et skriftligt samtykke til behandlingen med en erklæring om, at han skal være barnets far, jf. børnelovens § 27, stk. 1 og 2. Bestemmelsen angår både tilfælde, hvor manden er den genetiske far til barnet, og tilfælde, hvor der er benyttet doneret sæd til at etablere graviditeten. Sundhedslovens kapitel 7 om selvbestemmelse over biologisk materiale taler dog om ”biologisk materiale, som *patienten afgiver* (min udhævning)”. Selvom manden har afgivet sæd til brug for kunstig befrugtning behandlingen, har han ikke afgivet abortmaterialet som sådant. Kvinden har ikke selvstændigt leveret den komplette genetiske

---

<sup>38</sup> Se også Mette Hartlev: Den retlige regulering af biobanker, København, 1996, p. 12-13. Jf. også som nævnt ovenfor, at transplantation og hospitalsobduktion fra dødfødte børn kræver kvindens samtykke.

<sup>39</sup> Jf. bekendtgørelse nr. 1153 af 23/11/2006 om folkeregistrering m.v., § 1, stk. 3 og Folketingets samling 2003-04, L 91 – Forslag til lov om ændring af lov om ligsyn, obduktion og transplantation m.v. og børneloven (ændring af grænsen mellem spontan abort og dødfødsel og forenkling af reglerne om registrering af faderskab til dødfødte børn), almindelige bemærkninger, afsnit 2.1.

<sup>40</sup> Kvinden kan formentlig også anmode om at få oplyst det aborterede fosters køn, såfremt dette kan konstateres umiddelbart, uanset om kvinden i øvrigt ønsker vævet udleveret til nedgravning.

identitet i det væv, der bliver til abortmaterialet, men det er dog hende, der har afgivet det, og tillige alene hende, der må betragtes som en patient i tilknytning til det abortindgreb, hvorved abortmaterialet afgives. Også i disse tilfælde, hvor faderskabet er sikkert, mener jeg derfor, man må betragte kvinden som den eneste person, der retmæssigt bør kunne disponere over abortmaterialet. Denne fortolkning er også i overensstemmelse med R.H v. Norway, hvor EMD som tidligere nævnt afviste, at manden kunne få udleveret det aborterede foster med henblik på en begravelse i overensstemmelse med hans jødiske tro.<sup>41</sup>

At sundhedslovens kapitel 7 ikke finder anvendelse i relation til svangerskabsafbrydelse, betyder ikke blot, at kvinden ikke kan udøve selvbestemmelsesret over dette materiale på lige fod med øvrigt materiale, hun har afgivet ved en behandling, men også at bestemmelserne om opbevaring og videregivelse af biologisk materiale i lovens §§ 30-32 ikke finder anvendelse. Spørgsmålet er herefter, om abortvævet er omfattet af persondataloven, der – i det omfang materialet er *personhenførbart* – regulerer indsamling, opbevaring, videregivelse og øvrig behandling af humant biologisk materiale indeholdt i et manuelt register.<sup>42</sup> Som nævnt ovenfor kategoriseres aborter *ikke* som personoplysninger i persondatalovens forstand, medmindre de nedgraves og derfor udstyres med et administrativt cpr-nummer med henblik på notering af den kirkelige handling i kirkebogen. Behandling af dette materiale er derfor ikke omfattet af persondataloven.<sup>43</sup> Det betyder, at der i dansk ret ikke findes regulering for indsamling, opbevaring og videregivelse af dette vævsmateriale. Det er således, som jeg vil vende tilbage til nedenfor, alene ved anvendelse af vævet i videnskabelige forsøg, at materialet er omfattet af bestemmelserne i komitéloven, ligesom der er indfortolket et samtykkekrav ved brug af vævet i behandlings- og kommercielt øjemed.

Mens man i praksis imødekommer kvindens ønske om udlevering af abortvævet til nedgravning og yder hende begravelseshjælp, når hun selv ønsker at kategorisere aborten som en afdød person, fremstår det ikke som hensigtsmæssigt, at vævet er unddraget kvindens selvbestemmelsesret, idet hun ikke har mulighed for at tillægge abortvævet status i relation til begrænsning

---

<sup>41</sup> Se nærmere kapitel 4.

<sup>42</sup> Hjemlen for behandling af personoplysninger i væv er persondatalovens § 7, stk. 5 (sygehuse, praktiserende læger m.fl.) og persondatalovens § 10 (sundhedsforskning m.v.). Grundlæggende følger det af persondatalovens § 5, stk. 2, at indsamling af oplysninger skal ske til udtrykkeligt angivne og saglige formål. Dette betyder, når bestemmelserne anvendes på biologisk materiale (oplysninger indeholdt i biologisk materiale), at indsamling af biologisk materiale skal ske til udtrykkeligt angivne og saglige formål.

<sup>43</sup> For så vidt angår forskningsmæssigt brug af abortvævet, henvises til afsnit 3.2 nedenfor.

af anvendelsen af vævet, samtidig med at vævet i øvrigt falder uden for de eksisterende beskyttelsesbestemmelser om væv.<sup>44</sup>

### 3. Anvendelse af det aborterede foster

Celler og væv fra døde, aborterede fostre kan teoretisk bruges og bliver de facto brugt til flere forskellige formål. Et spørgsmål, der har påkaldt sig opmærksomhed i denne forbindelse, er, hvorvidt døde fostre bruges til fremstilling af kosmetiske produkter. Derimod har den mere overordnede diskussion af, hvad man generelt må bruge celler og væv fra det døde, aborterede foster til ikke påkaldt sig megen særskilt opmærksomhed i dansk ret: I Fremskridtets pris, en rapport afgivet af et udvalg under Indenrigsministeriet, berøres fosteranlæg og fostre som transplantatdonorer kort. Vurderingen af, hvorvidt sådanne transplantationer kan anses for etisk forsvarlige, afhænger af, om svangerskabet er skabt med henblik på donation, eller svangerskabsafbrydelsen sker, uden at det på forhånd har været tilsigtet, at væv fra fosteret skulle doneres. Derudover må der tillige skelnes mellem de almindelige regler om abort og den medicinske indikation, hvor aborten sker med henvisning til kvindens helbred. Sidstnævnte synes man meget rigtigt at opfatte som en situation, hvor fosteret også kan bruges som et tilsigtet middel, idet man kunne forestille sig, at en kvinde kunne ønske abort på medicinsk indikation, i det omfang fostervævet kan bruges klinisk i en behandling af kvindens lidelse.<sup>45</sup> I både Sverige og Norge blev spørgsmålet om brug af aborterede fostre behandlet i betænkninger i henholdsvis 1991 og 1994, og på den baggrund blev brug af fostervæv efterfølgende adresseret i den norske transplantationslovs kapitel II A og den svenske biobanklovs § 3.<sup>46</sup>

#### 3.1. Diagnostik

Det døde, aborterede foster kan undergives forskning med henblik på såvel diagnostiske som ikke-diagnostiske formål. I dette afsnit skitseres anvendelsen af det aborterede foster til diagnostiske formål.

---

<sup>44</sup> Til sammenligning er befrugtede æg en vævstype, der er undergivet betydelig regulering. Se nærmere kapitel 7.

<sup>45</sup> Fremskridtets pris, en rapport afgivet af indenrigsministeriets udvalg om etiske problemer ved ægtransplantation, kunstig befrugtning og fosterdiagnostik, Indenrigsministeriet, 1984, p. 59-60.

<sup>46</sup> SOU 1991:42 Betänkande av transplantationsutredningen: Aborterede foster m.m., Socialdepartementet, Stockholm, 1991 og NOU 1994:22 Bruk av celler og vev fra aborterte fostre, Utredning fra en arbeidsgruppe oppnevnt av Sosial- og helsedepartementet, Oslo, 1994. I Norge blev spørgsmålet igen vurderet specifikt i relation til stamceller af en arbejdsgruppe nedsat af Sosial- og helsedepartementet, ”Stamceller fra aborterte fostre og befrugtede egg – medisinsk forskning, klinisk anvendelse og mulige alternativer”, Oslo, 2000.

Både spontane og sene provokerede aborter på den medicinske eller eugeniske indikation kan rutinemæssigt undergives en patologisk undersøgelse, der kan afdække årsagen til den spontane abort eller bekræfte diagnosen ved den sene, provokerede abort.<sup>47</sup> Ud over at tjene et individuelt diagnostisk formål kan sådanne undersøgelser dog også have til hensigt at øge den medicinske viden generelt, fx til metodeudvikling eller i forbindelse med undervisning af læger, og kan således samtidig have et forskningsmæssigt sigte. Det kan også vise sig under den diagnostiske undersøgelse, at vævet på grund af fundene pludselig har forskningsmæssig interesse.

Europarådets recommendation 1046 (1986) on the use of human embryos and foetuses for diagnostic, therapeutic, scientific, industrial and commercial purposes anfører, at brug af døde fostre til diagnostiske formål, dvs. for at bekræfte en diagnose, der blev stillet *in utero*, eller for at finde årsagen til en spontan abort, skal være tilladt. En patologisk undersøgelse af det døde foster må dog kræve et informeret samtykke, hvorfor der efter min opfattelse må indfortolkes et sådant samtykkekrav i dansk ret. Spørgsmålet er, hvem der er kompetent til at afgive dette samtykke. En diagnostisk undersøgelse af fosteret kan også afdække viden om forældrene, det kan fx være om arvelige sygdomme eller andre genetiske oplysninger. Der kan altså både være en konflikt med retten til ikke-viden, jf. sundhedslovens § 16, stk. 2, hvorefter man har ret til at frabede sig information om egne helbredsforhold, og en konflikt med retten til fortrolighed, jf. sundhedslovens kapitel 9, hvorefter oplysninger om helbredsforhold som hovedregel ikke kan videregives til pårørende. Kvinden kan således gennem de diagnostiske oplysninger vedrørende fosteret, i det omfang de genspejler oplysninger om faderen, også opnå indsigt i hans helbredsmaessige forhold. Dette taler for, at der kræves både kvindens og mandens samtykke. På den anden side er det juridiske faderskab ikke fastslået, og diagnosticeringen har derudover en tæt sammenhæng med kvinden, idet den patologiske undersøgelse af fosteret kan udgøre et væsentligt bidrag i diagnosticeringen af hendes (reproduktive) helbred.

Situationen kan i en vis forstand sammenlignes med diagnostik af et foster *in vivo*, hvor en kvinde er gravid med en risikoperson og ønsker at få foretaget en fosterundersøgelse med henblik på at fastslå, om barnet er anlægssæ-

---

<sup>47</sup> I Sverige synes det at være et krav, at man i alle tilfælde af ultralydsdiagnosticeret foster-misdannelse, hvor graviditeten afbrydes, efterfølgende fastslår diagnosen på det aborterede foster ved en patologisk undersøgelse, se Magnus Westgren m.fl.: *Fostermedicin – ung subspecialitet på väg att etablera sig i klinisk praxis* i *Läkartidningen*, nr. 10, 2003 p. 850-853 (851) og Statens beredning för medicinsk metodik: *Rutinmässig ultraljudsundersökning under graviditet*, SBU rapport nr. 139, Stockholm, 1998.

rer. Hvis undersøgelsen gennemføres, og den viser, at fosteret er bærer af genet, vil det samtidig være påvist, at manden er anlægsbærer, og han vil dermed have modtaget denne information om sig selv i strid med sit ønske om ikke-viden.<sup>48</sup> I denne situation har kvinden ret til på begæring at få foretaget fosterdiagnostiske undersøgelser, såfremt hun i øvrigt opfylder betingelserne herfor, og det er lægefagligt forsvarligt.

Efter samme rationale kan der formentlig alene kræves kvindens informerede samtykke til diagnostiske undersøgelser af det døde, aborterede foster.

### 3.2. Forskning

Det aborterede fostervæv synes umiddelbart, som belyst ovenfor, at kunne indsamles og opbevares rutinemæssigt og senere danne grundlag for forskningsprojekter, idet kvinden ikke har mulighed for at udøve selvbestemmelsesret over vævet ved registrering i vævsanvendelsesregisteret, ligesom videregivelse af vævet ikke er omfattet af persondataloven.<sup>49</sup> Ligeledes er det tidligt døde, aborterede foster som tidligere nævnt ikke omfattet af reglerne om ligsyn, obduktion og transplantation, hvilket følger modsætningsvis af sundhedslovens § 189, stk. 1. Abortvævet betragtes derudover, som nævnt, først som klinisk risikoaffald, i det øjeblik sygehuset ønsker at bortskaffe vævet.

Indsamling og opbevaring af dette væv synes således ikke umiddelbart at kræve kvindens samtykke, mens indsamling af væv fra døde fostre, der betragtes som dødfødte børn, kræver kvindens/forældrenes samtykke.<sup>50</sup> Det kan umiddelbart forekomme overraskende, at indsamlingen kan foregå uden kvindens samtykke, for så vidt angår de tidlige aborter. Som tidligere nævnt er der på de fleste hospitaler praksis for, at kvinden ikke rådspørges ved bortskaffelse af de tidlige aborter, idet forældrene først omkring 16.-24. uge i stigende grad ikke blot ønsker fosteret bortskaffet. Den manglende regulering synes således at imødekomme det perspektiv, at kvinden ikke ønsker det tidligt aborterede foster kategoriseret som et individ. Det almindelige hensyn til autonomiprincippet, der i øvrigt følger for tilsvarende indsamling i forbindelse med det senere aborterede foster og øvrigt materiale afgivet af

---

<sup>48</sup> Se Etisk Råd: Genundersøgelse af raske – redegørelse om præsymptomatisk gendiagnostik, København, 2000, p. 69-76.

<sup>49</sup> Dette indebærer, at videregivelse eksempelvis lovligt kan ske fra Rigshospitalet til Odense Universitetshospital. Men det indebærer også, at der ikke er knyttet et saglighedskrav til videregivelsen. I det omfang man kan forestille sig, at fostervævet videregives til forskningsbrug i kosmetikindustrien, gælder der dog særlige regler i medfør af vævsloven, se nærmere afsnit 3.4. nedenfor.

<sup>50</sup> Sundhedslovens § 187, stk. 4.

kvinden ved en behandling, taler dog for, at der bør indhentes et informeret samtykke fra kvinden eller etableres mulighed for registrering af restriktioner i Vævsanvendelsesregisteret.<sup>51</sup> Ligeledes taler den tidligere nævnte sag Hadri-Vionnet v. Switzerland for, at den danske lovgiver er forpligtet til at sikre, at spørgsmålet om bortskaffelse drøftes med kvinden.

Det aborterede fostervæv kan bruges på forskellige måder i forskningsmæssig sammenhæng. Der kan som nævnt ovenfor også indgå eller pludselig opstå et element af forskning i en diagnostisk undersøgelse. Ud over den diagnostiske forskning kan det aborterede foster også bruges til ikke-diagnostisk grundforskning. Fostervæv er bl.a. blevet brugt til udvikling og fremstilling af vacciner (eksempelvis mod polio, mæslinger og røde hunde), ligesom fostervæv kan bruges farmakologisk til at skabe viden om, hvordan medicin påvirker fosterceller.<sup>52</sup> I nogle sammenhænge vil man kunne forestille sig, at forskningen allerede påbegyndes, inden en provokeret abort iværksættes, fx ved at påvirke fosteret med et medikament, hvis effekt ønskes testet på fostre, ved at udtage væv eller celler in vivo, inden en medicinsk abort påbegyndes, ved at anvende en ny form for udstyr til diagnostik, hvis sikkerhed skal afprøves, eller ved selve abortmetoden. Efter at den provokerede abort er gennemført, kan det døde foster endvidere undersøges i forbindelse med det videnskabelige forsøg.

Derudover kan det døde, aborterede foster bruges til at skabe viden om anatomi og fysiologi, herunder forståelse af medfødte sygdomme, såsom hjerte/kar-misdannelser eller læbe/ganespalte. I Danmark har man anvendt celler, fx hjerneceller, fra døde fostre til forsøgsvirksomhed.<sup>53</sup>

Endelig kan aborteret fostervæv bruges i forbindelse med stamcelleforskning. De stamceller, der kan udvindes fra det aborterede fostervæv, kan både være såkaldte føtale stamceller og voksenstamceller,<sup>54</sup> og anvendelsen heraf forventes at være begrænset til dannelsen af væv og celler inden for det vævs- eller cellesystem, som cellerne er udtaget fra. Isolering og opfodring af stamceller fra umodent væv fra aborterede fostre giver dog øgede

---

<sup>51</sup> I den svenske Biobanklag kapitel 3, § 3 findes en særskilt samtykkebestemmelse om fostervæv, hvorefter indsamling og opbevaring kræver kvindens informerede samtykke. Se nærmere Elisabeth Rynning: *Offentlighetsreglering av biobankerna – en utmaning för lagstiftaren* i Sanna Wolk (red.): *Biobanksrätt*, Lund, 2003, p. 49-175 (118-119).

<sup>52</sup> NOU 1994:22 *Bruk av celler og vev fra aborterte fostre*, Utredning fra en arbeidsgruppe oppnevnt av Sosial- og helsedepartementet, Oslo, 1994, kapitel 4.

<sup>53</sup> Etisk Råd: *Beskyttelse af menneskelige kønsceller, befrugtede æg, fosteranlæg og fostre*, Det Etske Råd, 1989, p. 28.

<sup>54</sup> De forskellige stamcelletyper præsenteres nærmere i kapitel 7.

muligheder for, at fremskaffe større mængder af delvist specialiserede typer af føtale og voksenstamceller, der kan bruges til forskning og transplantation.<sup>55</sup> Forskere fra Johns Hopkins University i Baltimore har fx udvundet stamceller fra aborterede fostre, der var 5-9 uger gamle,<sup>56</sup> mens en forskergruppe fra Wisconsin har brugt somatiske celler fra fostre til at udvikle pluripotente stamceller med samme egenskaber som embryonale stamceller.<sup>57</sup> Aborterede pigefostres æggestokke vil også teoretisk kunne bruges til at udvikle embryonale stamceller.<sup>58</sup>

Det videnskabelige forsøg er kendetegnet ved at være planlagt og have til hensigt at opnå en systematisk viden om sygdommes opståen, forebyggelse, behandling og diagnostik.<sup>59</sup> Der kan både være tale om kliniske forsøg, hvor man laver forsøg på mennesker eller menneskeligt væv og lægemiddelforsøg, men forskningen kan også bestå i registerforskning, biobankforskning og spørgeskemaundersøgelser. I modsætning til biomedicinsk forskning står behandlingsforsøg, hvor formålet alene er behandlingen af en konkret patient, og ikke den systematiske videnserhvervelse.<sup>60</sup> Forskning på væv fra aborterede fostre rejser spørgsmålet, om denne type forskning betragtes som 'forskning på fostre', eller om der ved registerforskning på abortvæv opbevaret i biobanker er tale om forskning på 'væv fra kvinden'.

Videnskabelige forsøg kræver et informeret samtykke. I komitéloven nævnes døde fostre ikke udtrykkeligt, men de anmeldelsespligtige projekter er efter § 7, nr. 1, jf. § 8 ethvert forsøg, der udføres på bl.a. fosteranlæg, fostre, væv, celler og arvebestanddele fra mennesker, fostre og lignende samt afdøde. Det fremgår af bemærkningerne,<sup>61</sup> at udtrykket forsøgspersoner skal for-

---

<sup>55</sup> Den Centrale Videnskabsetiske Komité, årsberetning 2002, p. 30.

<sup>56</sup> Se nærmere Donna L. Dickenson: *Who owns embryonic and fetal tissue?* i Donna L. Dickenson (ed.): *Ethical Issues in Maternal-Fetal Medicine*, New York, 2002, p. 234-235.

<sup>57</sup> Det vil sige den type stamceller, der endnu ikke er delvist specialiserede og som normalt kun kan udvindes fra befrugtede æg, se nærmere James A. Thomson et al: *Induced Pluripotent Stem Cell Lines Derived from Human Somatic Cells* i *Science* vol. 318, no. 5858, p. 1917-1920.

<sup>58</sup> Jf. dog bl.a. Bioetikkonventionens art. 18. Se nærmere kapitel 7.

<sup>59</sup> Bemærkningerne til komitéloven af 1992, Folketingstidende 1991/92, tillæg A, spalte 1138.

<sup>60</sup> Om begrebet se desuden Ulla Hybel: *Forsøgspersoner – om den retlige beskyttelse af mennesker, der deltager i biomedicinske forsøg i Danmark*, København, 1998, kapitel 2.2.

<sup>61</sup> Se Folketingstidende 1991-92, tillæg B, spalte 2315 samt Ulla Hybel: *Forsøgspersoner – om den retlige beskyttelse af mennesker, der deltager i biomedicinske forsøg i Danmark*, København, 1998, p. 38-39.

står bredt, hvorfor døde fostre efter en formålsfortolkning formentlig også falder inden for definitionen.<sup>62</sup>

Et eksempel på et forskningsprojekt, der indebærer forskning på døde aborterede fostre er forsøgsprojektet ”Effekt af rygning og polycyklisk aromatisk hydrocarbonader (PAH) på kønsceller og hormonproduktion af embryonale humane gonader. I in vivo- og in vitrostudier”, der udføres på Rigshospitalet med indsamling af abortvæv på Frederiksberg Hospital fra kvinder, der på baggrund af tilsendt informationsmateriale har samtykket til forsøget. Projektet undersøger om den gravide kvindes rygning har betydning for, hvor mange kønsceller, der dannes i fosteret og om kvindens rygning dermed har betydning for fertiliteten hos hendes barn.<sup>63</sup>

Nærmeste pårørende skal således give et skriftligt informeret samtykke, inden forskningsprojektet kan iværksættes på det døde aborterede foster. I betænkning nr. 1335/1997 om information og samtykke i forbindelse med forsøg anfører udvalget, at samtykke bør indhentes både fra moderen og fra ægtefællen/samleveren. Udvalget er opmærksomt på, at der ud fra de civilretlige regler ikke kan stilles krav om indhentelse af faderens samtykke, og at forslaget derved stiller den udpegede samboende mand bedre, end han er stillet i henhold til den øvrige lovgivning, så længe faderskabet ikke er fastslået.<sup>64</sup> Det er dog ikke afklaret, hvorvidt nærmeste pårørende i lovens forstand alene omfatter kvinden eller tillige den samboende mand, som foreslået af udvalget i betænkning 1335/1997. Ulla Hybel anfører, at komitélovens krav om stedfortrædende samtykke fra nærmeste pårørende efter hendes opfattelse kræver et slægtskab mellem forsøgsperson og stedfortræder, hvorfor faderen ikke kan høre til den personkreds, der kan afgive et stedfortrædende samtykke, så længe det juridiske faderskab ikke er fastslået.<sup>65</sup> Hvis man ser nærmere på det stedfortrædende samtykke som retlig figur, er der dog ikke altid tilknyttet et krav om slægtskab,<sup>66</sup> mens brug af det døde, aborterede foster på den anden side i andre sammenhænge udelukkende er knyttet til kvindens samtykke.

---

<sup>62</sup> Se også Ulla Hybel: Forsøgspersoner – om den retlige beskyttelse af mennesker, der deltager i biomedicinske forsøg i Danmark, København, 1998, p. 194.

<sup>63</sup> De Videnskabsetiske Komitéer for Region Hovedstaden, registreringsnummer KF (01) 258206.

<sup>64</sup> Betænkning nr. 1335/1997 om information og samtykke i forbindelse med forsøg, afgivet af et udvalg nedsat af forskningsministeren og sundhedsministeren, 1997, p. 105.

<sup>65</sup> Se Ulla Hybel: Forsøgspersoner – om den retlige beskyttelse af mennesker, der deltager i biomedicinske forsøg i Danmark, København, 1998, p. 194.

<sup>66</sup> I en konkret behandlingssituation vil begrebet nærmeste pårørende således kunne fortolkes udvidende, således at et familieforhold ikke behøver at være afgørende, se vejledning nr. 161 af 19/09/1998 om information og samtykke og om videregivelse af helbredsoplysninger mv., afsnit 2.1.2.1.



Da abortmaterialet undertiden indsamles rutinemæssigt, idet der som tidligere nævnt ikke er mulighed for fravalg via vævsanvendelsesregisteret, ligesom indsamling, opbevaring og øvrig behandling af abortvæv falder uden for persondataloven, og spørgsmålet om bortskaffelse ikke altid i praksis drøftes med kvinden, vil forskningen dog ofte kunne udføres som *register- og biobankforskning*. I det omfang vævet betragtes som *identisk med kvinden*, kan der i sådanne tilfælde dispenseres fra samtykkekravet, jf. komitélovens § 16, stk. 3. Dette var tilfældet i en sag fra 2004,<sup>67</sup> hvor et projekt havde til formål at undersøge, om gentagne aborter kunne forklares med en abnorm reaktion fra moderens hvide blodlegemer over for mandsspecifikke vævstyper. Undersøgelsen ville blive delt op i 4 delstudier. Studium I byggede på allerede indsamlet materiale. I de andre tre studier ville forsøgspersonerne blive inkluderet løbende. Forskeren bad i forbindelse med delstudium I om tilladelse til ikke at skulle indhente informeret samtykke, da dette delstudium kunne betragtes som registerforskning. Materialet var abortmateriale indsamlet rutinemæssigt i perioden 1992-2000. Der havde ikke været enighed i den regionale Videnskabsetiske Komité om, hvorvidt der skulle indhentes samtykke fra kvinderne, eller dette ville ”rippe unødvendigt op”, og derfor ville være uetisk. Sagen skulle derfor afgøres af den Centrale Videnskabsetiske Komité, som godkendte delstudium I som et registerforskningsprojekt, hvor der kunne dispenseres fra kravet om indhentning af et informeret samtykke. Adgangen til at dispensere fra samtykkekravet i § 16, stk. 3 omhandler biomedicinske forsøg på myndige personer. Den kan derfor kun finde anvendelse, i det omfang vævet i biobanken stammer fra en myndig person. Den Centrale Videnskabsetiske Komité synes således i dette tilfælde at have anset abortvævet for at være identisk med kvinden. Dette harmonerer ikke umiddelbart med bestemmelserne om Vævsanvendelsesregisteret, hvor abortvævet netop ikke betragtes som identisk med kvinden, og hun derfor ikke har samme beføjelser over vævet, som det er tilfældet for øvrigt væv, hun afgiver ved en behandling.

### 3.3. Behandling

Celler og væv fra fostre har unikke biologiske egenskaber, der særligt er til stede i fostre i alderen omkring 7. svangerskabsuge, og som gør det særdeles velegnet til transplantation.

Den første transplantation af fostervæv fandt sted i 1928 i Italien, hvor man, dog uden det ønskede resultat, transplanterede bygspytkirtler for at behandle diabetes. Siden har man med succes forsøgt transplantation af føtale nerve-

---

<sup>67</sup> J.nr. 2004-7041-12, Den Centrale Videnskabsetiske Komité's årsberetning 2004.

celler mod Parkinsons syge<sup>68</sup> og transplanteret føtale leverceller til fostre, der led af blod-, immunsvigts- og stofskiftesygdomme.<sup>69</sup>

Dette afsnit vil afdække, i hvilket omfang man må bruge det døde, aborterede foster i forbindelse med behandling, idet der først tages udgangspunkt i de behandlingsformer, der eksplicit er forbudt eller uforenelige med autorisationslovens § 17, og dernæst diskuteres de resterende praktiske og retlige muligheder for denne anvendelse.

I lov om kunstig befrugtning er der et forbud mod at anvende æggestokke og æganlæg fra aborterede pigefostre, jf. § 10. Det døde fosters æg er således undergivet samme restriktioner som døde pigers og kvinders æg. Dette viser dog ikke entydigt noget om kategoriseringen af det døde foster, men snarere om kategoriseringen af det menneskelige æg, idet loven om kunstig befrugtning i det hele taget tildeler æg en særstatus (i forhold til sæd), bl.a. i forhold til udførsel til udlandet, opbevaringstid og salg.<sup>70</sup> Forbuddet skal formentlig ses i denne sammenhæng, og ikke som en særlig status-tilskrivende faktor specifikt i forhold til fosterets position. Loven gælder for kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik, forskning m.v., der foretages af en læge eller under en læges ansvar, hvor graviditet forsøges etableret på en anden måde end ved samleje mellem en kvinde og en mand, jf. § 1, stk. 1. Forbuddet mod at anvende disse æg må derfor først og fremmest forstås som et forbud mod at anvende æggene til befrugtning. Det aborterede pigefosters æggestokke og æganlæg må således ikke anvendes i bred forstand, hvis formålet er at etablere graviditet hos en kvinde ved hjælp af kunstig befrugtning med æganlæggene eller transplantation af æggestokkene, jf. § 11. Befrugtningsloven regulerer også biomedicinsk forskning og forsøg, hvor der indgår kønsceller fra mennesker, befrugtede æg og fosteranlæg, jf. stk. 2. Denne bestemmelse må formentlig forstås således, at den kun omfatter kønsceller, der *indgår i en befrugtning*. Biomedicinsk forskning og forsøg, der anvender netop denne type væv, er således

---

<sup>68</sup> Hannah Taylor & Stephen L. Minger: *Regenerative medicine in Parkinson's disease: generation of mesencephalic dopaminergic cells from embryonic stem cells* i Current Opinion in Biotechnology, vol. 16, issue 5, October 2005, p. 487-492 (487).

<sup>69</sup> Om brugen af celler og væv se NOU 1994:22 Bruk av celler og vev fra aborterte fostre, Utredning fra en arbeidsgruppe oppnevnt av Sosial- og helsedepartementet, Oslo, 1994, kapitel 4 og 5 og Henriette Langstrup: *Celler til hvem? Stamcelleforskning og de hypotetiske brukene* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, København, 2007, p. 140.

<sup>70</sup> Som eksempel kan nævnes, at æg, der er udtaget her landet, ikke må udføres til et andet land, mens doneret sæd i vid udstrækning eksporteres kommercielt til udlandet (sædbanken Cryos). Det er således tilladt at gøre sæd genstand for salg, mens det tilsvarende er forbudt for så vidt angår æg, jf. befrugtningslovens kapitel 3. Derudover er eksport af befrugtede æg ligeledes forbudt, se nærmere omtale i kapitel 7.

tilladt, så længe celler og væv ikke indgår i en befrugtning. Det er også muligt inden for lovens rammer at donere det aborterede fosters æganlæg, i det omfang man kunne forestille sig, at det *uden at indgå i en befrugtning* kunne bruges til at udvinde stamceller til behandling.<sup>71</sup>

Fostre uden hjerneceller, der opdages ved ultralydsscanning i ca. 18.-20. uge, er et andet eksempel på, hvordan man kunne udnytte føtalt væv. Hvis man opfordrede kvinden til at fuldføre svangerskabet, kunne organerne bruges til transplantation. Det kunne være særligt relevant for den genetiske mor, far eller deres slægtninge at få adgang til dette væv, i det omfang det ville være vævsforeneligt, og derfor kan bruges som led i transplantationsbehandlingen med større succes.

Europarådets recommendation 1046 (1986) afviser, at det kan være tilladeligt at holde fostre kunstigt i live med henblik på høst af brugbart materiale.<sup>72</sup> Om bestemmelsen sigter på beskyttelsen af kvinden eller fosteret, er uklart, men er et eksempel – ikke blot på, hvordan hensynet til kvinden kan medføre en beskyttelse af fosteret, der i denne situation ikke må bruges som et middel til at opnå et mål, men også på, at en status for fosteret beskytter kvinden fra at blive brugt som et middel til at ”udruge” vævsforenelige organer. Rekommandationen har på den ene side ikke nogen tung retskildemæssig værdi; den er ikke udstedt med henvisning til en konvention, hvorved den kunne spille en rolle som fortolkningsbidrag, og er ikke medtaget i den senere Bioetikkonvention. Alligevel må den opfattes som udtryk for en værdimæssig hensigtserklæring og opfordring til at lovgive i overensstemmelse hermed. Den kan således indgå som et retligt argument i fortolkningen af andre bestemmelser.<sup>73</sup> I dansk ret er der ikke nogen bestemmelser, der direkte forbyder, at et foster holdes kunstigt i live i denne situation. Den læge, der behandler kvinden, vil dog efter autorisationslovens § 17 være forpligtet til at udøve sin gerning med omhu og samvittighedsfuldhed. Henset til de risici og den belastning, det alt andet lige ville medføre for kvinden at fuldføre svangerskabet, vil det formentlig være i overensstemmelse med § 17 at råde kvinden til at afbryde svangerskabet i denne situation.

---

<sup>71</sup> Se hertil kapitel 3 og kapitel 8, hvor de biologiske usikkerheder, der knytter sig til befrugtningsebegrebet i forhold til nye teknologier, er beskrevet. Jf. dog også Bioetikkonventionens art. 18.

<sup>72</sup> Jf. rekommandationens afsnit B, iii.

<sup>73</sup> Se nærmere om de retskildemæssige betragtninger i kapitel 2.

Derudover er praksis, at organdonation sker mellem indbyrdes ubekendte personer, således at hverken donor eller modtager kender hinandens identitet.<sup>74</sup> Dette fraviges dog i forbindelse med donation af nyrer, hvor man i praksis alene accepterer familiedonationer. I begge situationer er formålet bl.a. at sikre, at der ikke ydes eller modtages betaling eller anden økonomisk fordel, idet det også er strafbart for den, der med viden om, at der er ydet eller modtaget betaling, medvirker til et sådant indgreb, jf. sundhedslovens § 268, stk. 2. Men selve anonymitetsprincippet har ikke en juridisk forankring, og som sådan er der således mulighed for, at kvinden kan donere vævet til sig selv eller et familiemedlem.

Hvorvidt en behandling kan ydes til modtageren med netop dette donerede væv, ligger dog inden for lægens metodefrihed og lægefaglige ansvar, idet patientens indflydelse på, hvordan behandlingen opfyldes, dog kan påvirkes gennem reglerne om informeret samtykke.

Abortmateriale (særligt føtale stamceller) kan dog som nævnt bruges til behandling allerede fra 7. uge, hvilket er inden for den periode, hvor kvinden har et retskrav på at få foretaget en provokeret abort. Dette aktualiserer spørgsmålet om, hvorvidt en kvinde efter et sådant indgreb også kan disponere over abortmaterialet, særligt som nævnt i forbindelse med en fri abort, hvor der således potentielt er mulighed for, at kvinden bliver gravid specifikt med det formål at producere anvendeligt væv, der indsamles ved at få foretaget aborten inden for 12-ugers-grænsen for fri abort, men spørgsmålet er også aktuelt for andre provokerede aborter og for spontane aborter.

Det fremgår af Sundhedsudvalgets betænkning til L 188,<sup>75</sup> at det er lovligt i tilfælde af abort at anvende væv fra det aborterede foster til behandling af et sygt barn, såfremt der er afgivet samtykke. På dette tidspunkt var det dog endnu ikke forekommet, at man i Danmark havde anvendt stamceller fra fostre ved transplantationsbehandling. I den forbindelse oplyste Sundhedsstyrelsen tillige, at transplantation med knoglemarv fra fostre fra et teoretisk synspunkt formentlig forudsætter en fostervægt på mindst 1 kg, men at indgrebet er udelukket, hvis fosteret lever, og næppe kan anvendes, hvis foste-

---

<sup>74</sup> I medfør af bekendtgørelse nr. 753 af 03/07/2006 om kvalitet og sikkerhed ved donation, udtagning og testning (humane væv og celler) og vejledning nr. 55 af samme dato og navn oprettes der dog donorjournaler m.v., der sikrer sporbarhed i mindst 30 år efter klinisk brug, men på en måde der samtidig tilgodeser hensynet til anonymitet, se fx vejledningens afsnit 2.1, 7.4 og 7.5.

<sup>75</sup> Betænkning afgivet af Sundhedsudvalget den 30. marts 2004 over forslag til lov om ændring af lov om kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning m.v. (konkret anvendelse af præimplantationsdiagnostik), L188, bilag 29, sundhedsministerens besvarelse af spørgsmål 12 og 13, se <[www.ft.dk/Samling/20031/udvbilag/SUU/L188\\_bilag29.htm](http://www.ft.dk/Samling/20031/udvbilag/SUU/L188_bilag29.htm)>.

ret er dødt på grund af den krævede latenstid. Baggrunden for dette lovforslag var i øvrigt pressens dækning af en række sager, hvor forældre til et sygt barn ønskede at opnå graviditet med anvendelse af præimplantationsdiagnostik, med henblik på at det nye, raske barn, der var udvalgt til også at være vævsforeneligt, kunne bruges som donor til den syge søskende. Forarbejderne begrænser sig af denne grund til spørgsmålet om behandling af et sygt barn. Men man kunne i lige så høj grad forestille sig, at det aborterede foster kunne bruges som led i behandling af kvinden selv, faderen eller øvrige slægtninge. Sundhedsstyrelsens specifikke udtalelse forholder sig heller ikke til det knapt så teoretiske spørgsmål om brug af andet væv fra aborterede fostre. Hjerneceller fra aborterede fostre kan således transplanteres til Parkinson-patienter, om end det kræver op til 10 fosterhjerter fra fostre, der højst er 7½ uger gamle og ikke er aborteret medicinsk, og derfor næppe vil være en terapiform med fremtidsperspektiver.<sup>76</sup>

Europarådets recommendation 1046 (1986) forholder sig til spørgsmålet om brug af aborteret fostervæv, idet den anfører (jf. afsnit B), at en beslutning om et abortindgreb under ingen omstændigheder må påvirkes af den efterfølgende ønskede eller mulige brug af fosteret. Derfor kræves også total uafhængighed mellem den gruppe af sundhedspersoner, der udfører abortindgrebet, og den gruppe af sundhedspersoner, som muligvis ville kunne bruge fosteret til terapeutiske formål. Inden for transplantationsområdet er der i dansk ret et lignende krav om adskillelse mellem den læge, der tilvejebringer organet eller vævet, og den læge, der skal bruge organet i en behandling, jf. sundhedslovens § 54, stk. 2. At denne norm allerede eksisterer inden for dansk ret, taler således for, at en lignende situation i forbindelse med abort må fortolkes i lyset af rekommendationen.

Rekommendationen kræver desuden, at begge forældre samtykker til denne brug, og såfremt fosteret er skabt med donerede kønsceller, kræves også donors samtykke, hvis dennes identitet er kendt. Rekommmendationen taler således for, at faderen også skal samtykke, sådan som det foreslås, for så vidt angår forsøg i betænkning 1335/1997. Et krav om dobbelt samtykke vil man dog ikke ubetinget kunne stille efter de gældende danske regler. Kvinden kan ikke kræve, at vævet bruges til en bestemt behandling af sig selv eller andre, idet retten til behandling ikke inkluderer retten til en bestemt behandling. Hvordan lægen vil yde behandlingen, falder under hans metodefrihed og skal afstemmes med de lægelige forpligtelser og det lægelige ansvar efter autorisationslovens § 17. Vælger lægen at benytte vævet til behandling, er

---

<sup>76</sup> Hannah Taylor & Stephen L. Minger: *Regenerative medicine in Parkinson's disease: generation of mesencephalic dopaminergic cells from embryonic stem cells* i *Current Opinion in Biotechnology*, vol. 16, issue 5, October 2005, p. 487-492 (487).

det uklart, hvem der er kompetent til at afgive samtykke til, at vævet bruges. Selvom brug af føtalt væv som tidligere nævnt falder uden for transplantationsbestemmelserne, så er transplantation på døde kroppe normalt reguleret ved hjælp af en samtykkekonstruktion. Ligeledes er der i komitéloven krav om, at forsøg med væv, herunder også fra fostre, forudsætter tilladelse fra den Videnskabsetiske Komité, som bl.a. påser, at de fornødne samtykker er afgivet. Bioetikkonventionens art. 22 anfører, at såfremt en del af et menneskeligt legeme fjernes under en intervention, kan en sådan del kun opbevares og anvendes til andet formål end det, der var årsag til fjernelsen, såfremt dette sker i overensstemmelse med gældende regler om information og samtykke. Om fosteret i denne kontekst betragtes som en del af kvindens legeme, er usikkert. Betoningen af samtykkekonstruktionen i såvel dansk som international ret taler dog for, at kvinden skal give samtykke til brug af det føtale væv.

Et spørgsmål, der påkalder sig særlig opmærksomhed i forbindelse med brug af aborterede fostre til vævstransplantation og stamcellehøstning, er, i hvor høj grad den ønskede brug af fostrets væv og celler må være bestemmende for, hvorledes abortindgrebet udføres. For at kunne bruge materialet fra det aborterede foster er det nødvendigt, at fosteret udstødes fra livmoderen så intakt som muligt. Det betyder, at lægens beslutning om at bruge vævet som vævs- eller stamcellekilde kan få betydning for valg af abortmetode, uanset at anvendelse af vævet som oftest ikke direkte gavner den aborterende kvinde. I dette tilfælde vil det således være et krav, at kvinden informeres om, at lægen foretrækker at bruge en bestemt abortmetode, fordi vævet ønskes anvendt til medicinsk brug, og samtykker til, at en bestemt abortmetode bruges som følge heraf.<sup>77</sup>

### **3.4. Kommersialisering**

Kommersialisering af det døde aborterede foster, hvor abortvævet giver anledning til pengetransaktioner og økonomisk gevinst, rejser nogle særlige problemstillinger, som derfor er udskilt til særskilt behandling i dette afsnit. Spørgsmålet om kommersialisering har løbende været oppe at vende både i national og international sammenhæng.<sup>78</sup> Af en rapport fra Europarådet fra

---

<sup>77</sup> Se hertil rapporten fra det norske Sosial- og Helsedepartementet: ”Stamceller fra aborterte fostre og befructede egg – medisinsk forskning, klinisk anvendelse og mulige alternativer”, Oslo, 2000.

<sup>78</sup> Se også R. v. Gibson [1990] 91 Cr. App. R. 341 omtalt ovenfor i afsnit 2, hvor døde fostre indgik i en installation på et galleri. Der blev dog ikke opkrævet entre for adgang til galleriet, og sagen blev afgjort efter den britiske lov om obscène publikationer.

1989<sup>79</sup> fremgår det, at fostervæv ikke bruges i kosmetikindustrien. I 1999 var der i pressen omtale af det danske firma Cytotech, der købte og solgte dele af aborterede fostre. Historien gav anledning til et § 20 spørgsmål om kommercialisering til sundhedsministeren.<sup>80</sup> Det vil således være interessant at undersøge, om denne bekymring, der synes at hvile på en intuitiv kategorisering af det døde, aborterede foster som noget der har en etisk status, der krænkes ved kommerciel brug, hvor anvendelsen ikke er klinisk eller diagnostisk, også har medført en retlig kategorisering.

Hvordan man må disponere over det døde foster i økonomisk henseende rejser første gang som problemstilling i dansk ret i skrivelse nr. 15575 af 01/02/1985 om salg af aborterede fostre og moderkager. Baggrunden for skrivelsen var forlydender i pressen om, at aborterede fostre blev solgt af sygehusene til fx kosmetikproducenter. Sundhedsstyrelsen iværksatte herefter en undersøgelse af praksis på landets sygehuse, der viste, at aborterede fostre destrueres ved forbrænding, og at der ikke sker salg af aborterede fostre, idet der dog på nogle sygehuse sker salg af moderkager til medicin-fremstilling. I skrivelsen henstiller sundhedsministeren, at det påses, at aborterede fostre destrueres i overensstemmelse med den hidtidige praksis, og at der fortsat ikke sker salg af disse. Denne praksis beskrives som etisk uproblematisk, og der fandtes derfor efter regeringens opfattelse ikke et behov for lovregulering af området. Der var således ikke på daværende tidspunkt hjemmel til at udstede retningslinjer for, hvordan et aborteret foster måtte bortskaffes, hvilket også klart fremgår, idet der er tale om en henstilling i en skrivelse.

Det fremgår af Kommissionen direktiv 95/34/EF af 10. juli 1995,<sup>81</sup> at anvendelsen af celler, væv og produkter fra mennesker i kosmetiske midler er forbudt, idet der er risiko for overførsel af sygdomme. Mens præamblen taler om ”anvendelse”, præciseres det dog i artikel 2, at det er markedsføring, salg og overdragelse til den endelige forbruger, der er forbudt. I Rådets di-

---

<sup>79</sup> A. McLaren: Report on the use of human foetal embryonic and pre-embryonic material for diagnostic, therapeutic, scientific, industrial and commercial purposes. Select Committee of Experts on the Use of Human Embryos and Foetuses, Council of Europe, Strasbourg, 1989 CAHBI-R-EF: 1

<sup>80</sup> Sundhedsministerens svar af 16. september 1999 på spørgsmål nr. S 3136 stillet af Tove Videbæk (KrF), se <[www.ft.dk/Samling/19981/spor\\_sv/S3136.htm](http://www.ft.dk/Samling/19981/spor_sv/S3136.htm)>.

<sup>81</sup> Kommissionen direktiv 95/34/EF af 10. juli 1995 om tilpasning til den tekniske udvikling af bilag II, III, VI, VII til Rådets direktiv 76/768/EØF om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om kosmetiske midler

rektiv 2004/23/EF af 31. marts 2004<sup>82</sup> (vævsdirektivet) kvalificeres dette forbud nærmere, jf. præambelens betragtning 10, hvorefter direktivet også finder anvendelse ved fremstillingen af kosmetiske midler. Det fremgår eksplicit af præambelens betragtning 7, at direktivet bør finde anvendelse på føtale væv.<sup>83</sup> Fordi kosmetiske produkter er omfattet af førstnævnte direktiv, finder vævsdirektivet dog i denne sammenhæng kun anvendelse på donation, udtagning og testning, jf. artikel 2, stk. 1, in fine. Herefter vil det altså ikke være tilladt at markedsføre, sælge eller overdrage kosmetiske produkter, der indeholder væv eller celler fra aborterede fostre til en forbruger, ligesom donation, udtagning og testning af væv eller celler fra aborterede fostre kun kan ske efter de bestemmelser om krav til uddannelse, tilladelse, tilsyn o.lign., der opstilles i direktivet. Det fremgår dog af præambelens betragtning 12, at direktivet ikke berører den retlige definition af en person, ligesom det fremgår af præambelens betragtning 10, at det underliggende hensyn med reguleringen er faren for spredning af overførbare sygdomme.

Vævsdirektivet blev i april 2006 implementeret med vedtagelsen af vævsloven.<sup>84</sup> Det betyder, at forarbejdning og distribution af væv og celler kun må udføres af en vævsbank, sygehusafdeling eller anden offentlig eller privat enhed med Lægemiddelstyrelsens tilladelse. Formålet med loven er at fastsætte ensartede og høje kvalitets- og sikkerhedskrav til håndtering af humane væv og celler, som er beregnet til anvendelse i den menneskelige organisme, og er herved på linje med vævsdirektivets formål.

Bioetikkonventionen foreskriver i art. 21, at den menneskelige krop som sådan ikke må give anledning til økonomisk gevinst. Om denne bestemmelse kan siges at begrænse, hvordan der evt. kan disponeres over det aborterede foster, er uklart. Den tilhørende Explanatory Report forholder sig ikke til spørgsmålet. Konventionen skelner mellem "*organs and tissues proper*" såsom blod og "*discarded tissues*" såsom hår og negle. Sidstnævnte er ikke omfattet af konventionen, og salg heraf betragtes ikke som en "forulempelse af den menneskelige værdighed". Førstnævnte falder dog inden for bestemmelsen, der er en udmøntning af princippet om den menneskelige værdig-

---

<sup>82</sup> Rådets direktiv 2004/23/EF af 31. marts 2004 om fastsættelse af standarder for kvaliteten og sikkerheden ved donation, udtagning, testning, behandling, præservering, opbevaring og distribution af humane væv og celler.

<sup>83</sup> Direktivet forsøger dog ikke hermed at kvalificere den enkelte medlemsstats retlige definition af begreberne person eller individ, hvilket fremgår af præambelens betragtning 12 in fine.

<sup>84</sup> Lov nr. 273 af 01/04/2006 om krav til kvalitet og sikkerhed ved håndtering af humane væv og celler (vævsloven).



hed, der er fastslået i præamblen og art. 1.<sup>85</sup> Konventionen gælder ”*everyone*”, jf. art. 1, men definerer, som nævnt i kapitel 2, ikke rækkevidden heraf. Da der ikke kunne opnås enighed mellem staterne, er spørgsmålet om konventionens subjekter således overladt til den nationale lovgivning at definere, idet der dog var enighed om at den menneskelige værdighed skulle respekteres fra livets begyndelse.<sup>86</sup> 22-ugers-grænsen i sundhedslovens § 189, stk. 1 kan således have en betydning, omvendt kan definitionen af, hvornår livet begynder, begrunde en langt tidligere beskyttelse – denne definition findes dog ikke entydigt i dansk ret, ligesom det må antages, at spørgsmålet i vidt omfang er overladt til en national skønsmargin.

Det er dog som nævnt derudover uvist, om det aborterede foster kategoriseres som væv omfattet af konventionen. At den menneskelige krop *som sådan* ikke må give anledning til økonomisk gevinst, er møntet på donor, idet fx donation af moderkager til lægemiddelindustrien med henblik på udvikling af medicinske produkter, der skaber økonomisk gevinst, ikke er omfattet. Der skelnes altså mellem menneskelige bestanddele, der kræver en vis yderligere forarbejdning for at medføre økonomisk gevinst på den ene side, og menneskelige bestanddele som sådanne på den anden side.<sup>87</sup> Sundhedsministeren har på linje hermed anført,<sup>88</sup> at det afgørende er, at det aborterede fostervæv er *doneret* af kvinden, og således betragtes som en ikke-kommerciel transaktion, og at de celler, der er udtaget fra vævet, kræver en bioteknologisk ekspertise, bl.a. udpræparationsteknik og særlige vækstmedier for at sikre oprensning og levedygtighed af cellerne. Konventionens art. 21 er således ikke til hinder for, at den ekspertise, teknologi og know-how, der bearbejder celler og væv fra aborterede fostre, kan danne grundlag for økonomisk vinding på normale markedsvilkår med salg og distribution af denne specielle biologiske præparationsform.

Det kan i øvrigt bemærkes, at stamceller udviklet fra aborterede fostre efter samme rationale heller ikke giver anledning til etiske problemer ved patentering.<sup>89</sup> Selvom fosteret har en vis status, idet kroppen generelt ikke kan kommercialiseres, kommer man så at sige uden om denne diskussion ved at

---

<sup>85</sup> Se Explanatory Report, pkt. 131-133.

<sup>86</sup> Explanatory Report, pkt. 18-19.

<sup>87</sup> Explanatory Report, pkt. 132. Dette udelukker dog ikke, at donor kompenseres for udgifter, tabt arbejdsfortjeneste el. lign.

<sup>88</sup> Sundhedsministerens svar af 16. september 1999 på spørgsmål nr. S 3136, se <[www.ft.dk/Samling/19981/spot\\_sv/S3136.htm](http://www.ft.dk/Samling/19981/spot_sv/S3136.htm)>.

<sup>89</sup> Se økonomi- og erhvervsministerens redegørelse af 11. august 2003 om etiske aspekter i patentpraksis som følge af gennemførelsen af direktivet om beskyttelse af bioteknologiske opfindelser, <[www.ft.dk/img20021/udvlibilag/lib4/20021\\_24174/20021\\_24174.pdf](http://www.ft.dk/img20021/udvlibilag/lib4/20021_24174/20021_24174.pdf)>.

flytte fokus fra spørgsmålet om kategorisering af fosteret som *person* til de processer, der forarbejder cellerne til et *produkt*, og som betyder, at det aborterede fostervæv ikke længere kategoriseres som noget, der relaterer sig til en person.<sup>90</sup>

I hvilket omfang der kan disponeres over fosteret har, som Bioetikkonventionen skitserer, en særlig praktisk betydning i relation til økonomisk gevinst, men underliggende også i forhold til forskning og forsøg, der senere kan føre til en kommerciel (herunder også terapeutisk) anvendelse af embryot. Dette aspekt, for så vidt angår celler fra befrugtede æg, der endnu ikke er implanteret i livmoderen, behandles nærmere i kapitel 7.

#### 4. Opsamling

I dette kapitel har jeg forsøgt at afdække, hvilke retlige kategorier det *døde* foster placeres i, og hvad der er bestemmende for kategoriseringen af det døde foster.

I forbindelse med bortskaffelse af fosteret kategoriseres det døde foster enten som et *dødfødt barn* eller som *klinisk risikoaffald*.

Den retlige kategorisering er først og fremmest knyttet til de *normative rammer*, som lovgiver har fastsat for det døde fosters retlige position. Et dødt foster, der aborteres eller fødes for tidligt efter 22. uge, kategoriseres således som et dødfødt barn, uanset hvordan kvinden eller parret selv kategoriserer det døde foster. Denne grænse, der kategoriserer fosteret som henholdsvis en abort eller et dødfødt barn, har et lægefagligt rationale, der kan knyttes til mulighederne for i stigende grad at redde præmature børn, men er også en imødekommelse af forældres ønske om, at deres egen kategorisering af fosteret som et barn genspejles i lovgivningen. Der er knyttet forskellige retlige implikationer til kategorien dødfødt barn, både for det døde foster og for forældrene. Der er således ret og pligt til begravelse, mulighed for navngivning, ligesom det dødfødte barn er omfattet af den beskyttelse, der i øvrigt finder anvendelse for døde kroppe. I den forstand betragtes det døde foster som en *person*. For forældrene har kategoriseringen af det døde foster som et dødfødt barn også en række retlige implikationer, eksempelvis muligheden for at få registreret faderskabet og få udbetalt de sociale ydelser, der knytter sig til fødslen af et barn, eksempelvis ydelser til barsel og begravelseshjælp.

---

<sup>90</sup> Se lignende i Klaus Høyer: *Hvem ejer cellerne? Etisk kategorisering, rettigheder og patent* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, København, 2007, p. 93-108 (97-98).

Før udgangen af 22. uge kategoriseres det døde foster som en abort og ved bortskaffelse som klinisk risikoaffald. Det betyder, at materialet skal brændes, således at der af *æstetiske grunde* ikke er genkendelige dele tilbage. Fosteret kategoriseres altså her på linje med eksempelvis en amputeret arm eller et bortopereret organ og må ikke være genkendeligt efter bortskaffelsen af hensyn til det ”æstetisk begrundede ubehag”, som andre mennesker ville kunne opleve. Ligesom der i abortbestemmelserne gives plads til det normative hos det sundhedspersonale, der skal udføre indgrebet, kan kategoriseringen af det aborterede foster som klinisk risikoaffald knyttes til lignende hensyn.

Den retlige kategorisering af fosteret er dog på dette tidspunkt også knyttet til *fosterets formål*, som defineret af kvinden eller parret. De har således i praksis vide rammer til selv at definere, hvordan deres døde foster skal kategoriseres, ved at anmode om udlevering af abortvævet med henblik på nedgravning, og en række retsvirkninger – eksempelvis muligheden for at få fosteret nedgravet og udbetalt begravelseshjælp – er afhængig af forældrenes egen kategorisering. Efter min opfattelse er der dog et lovgivningsmæssigt behov for at sikre, at spørgsmålet om bortskaffelse i højere grad drøftes med kvinden, således at hun informeres om muligheden for udlevering. Ligeledes er der et lovgivningsmæssigt behov for at præcisere, at den praksis, der udøves på nogle hospitaler, hvor døde fostre kremeres som et dødfødt *barn* uden kvindens anmodning eller vidende, er ulovlig.

For så vidt angår væv fra de døde fostre, der kategoriseres som aborter, er vævet bragt uden for kvindens selvbestemmelsesret, såfremt hun ikke anmoder om udlevering af vævet med henblik på nedgravning. Indtil sygehuset selv kategoriserer vævet som klinisk risikoaffald, er indsamling, opbevaring og videregivelse af vævet således ureguleret, og kvinden har ikke mulighed for at registrere begrænsninger i brugen af vævet i Vævsanvendelsesregisteret. I forbindelse med videnskabelige forsøg kan forskning på det døde foster både betragtes som ’forskning på fostre’, men også som forskning på væv, der stammer fra kvinden, i det omfang vævet befinder sig i en biobank. De retlige implikationer knyttet hertil knytter sig til spørgsmålet om, hvorvidt kvinden skal give samtykke eller der kan dispenseres fra samtykkekravet.

I forbindelse med brug af det døde foster til behandling er der i lovforarbejderne givet udtryk for, at samtykke fra kvinden er påkrævet, hvis fostervæv skal bruges til behandling, hvilket er i overensstemmelse med den samtykkekonstruktion, som normalt kendetegner transplantation fra afdøde kroppe eller fra levende børn og inhabile voksne.

I kommerialisierungsforbuddet, der også omfatter det døde, aborterede foster, tilkendes også en kategorisering af fosteret, som umiddelbart synes at være knyttet til det normative i den forstand, at det aborterede foster ikke umiddelbart kan *tingsliggøres*. Der er således bestemmelser, der forbyder brug af føtale celler i kosmetiske produkter. Forbuddet har dog et sundhedsmæssigt sigte. I andre kommercielle sammenhænge er brug af menneskelige bestanddele knyttet til en vurdering af, hvorvidt en sådan brug er forenelig med værdighedsbegrebet. Er der tale om bestanddele, der kræver en vis yderligere forarbejdning for at medføre kommerciel gevinst, er dette muligt. Den biologiske eller videnskabelige *bearbejdning* af fosterets væv eller celler ny-kategoriserer således det døde foster som en *ting*. I dansk ret forudsætter sundhedsministeren således, at kvinden kan donere fostervæv, der herefter lovligt kan forarbejdes og senere anvendes kommercielt. Kategoriseringen af det døde foster er således i dette tilfælde også knyttet til kvindens autonomi, men fosteret har også en selvstændig normativt betinget status, idet en forarbejdning er påkrævet, for at vævet kan nykategoriseres som noget andet end et foster.



## Kapitel 7

### Embryoer og embryonale stamceller

*”Noen har alltid i enhver forandring sett menneskehetens apokalyptiske undergang. Andre har i ethvert nytt påfunn sett et fremskritt”<sup>1</sup>*

Helge J. Thue

#### 1. Præsentation og plan for kapitlet

Mens analysen indtil nu primært har fokuseret på det foster, der er eller har været implanteret i kvindens livmoder, vil jeg i dette kapitel analysere den retlige kategorisering af det befrugtede æg *in vitro*, navnlig de befrugtede æg, der bruges i den embryonale stamcelleforskning og dermed bliver nykategoriseret som embryonale *stamceller*:

Et befrugtet æg udvikler sig ikke nødvendigvis til et foster. I de første dage efter at ægget er blevet befrugtet, deler det sig flere gange, og hver af disse celler har potentialet til et fuldt færdigt individ, hvis de adskilles fra de øvrige. Det er netop det, der sker, når der på naturlig vis skabes enæggede tvillinger. Indtil det befrugtede æg har sat sig fast i livmodervæggen, har det således potentialet til at blive til et eller flere mennesker, hvis de rette omstændigheder er til stede. Men ikke alle befrugtede æg får lov til at udfolde dette potentiale – ægget kan gå til grunde på naturlig vis, eller det kan blive destrueret i forbindelse med kunstig befrugtning, idet ikke alle æg anvendes til befrugtning, enten fordi ægget ikke har fertilitetspotentiale, er blevet frasortet ved brug af præimplantationsdiagnostik, eller fordi der er flere æg, end der er behov for. Men det befrugtede æg kan også bruges til at høste stamceller. Disse isolerede celler kan ikke udvikle sig til et foster.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Helge J. Thue: *Bioteknikk og bioetikk i et rettsfilosofisk perspektiv* i Anne Hellum, Aslak Syse & Henriette Sinding Aasen (red.): *Menneske, natur og fødselsteknologi – verdivalg og rettslig regulering*, Oslo, 1990, p. 127-134 (127).

<sup>2</sup> Folketingets samling 2002-2003, L 209 – forslag til lov om ændring af lov om kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning m.v. (forskning på embryonale stamceller), almindelige bemærkninger, pkt. 3.1.

I hvor høj grad det befrugtede æg og embryonale stamceller udvundet herfra kategoriseres som noget beskyttelsesværdigt, baseret på æggets potentiale til at udvikle sig til et menneske, er også en vigtig del at afdække i analysen af den retlige kategorisering af livets start. Her udspiller kategoriseringen af det befrugtede æg sig primært i en afvejning med hensynet til forskningsfriheden, sygdomsbehandling af patienter og bredere samfundsinteresser, der både kan være knyttet til udvikling af videnskab og innovation samt opretholdelse af bestemte etiske forestillinger om menneskelivets begyndelse.<sup>3</sup>

I dette kapitel vil jeg indledningsvis gøre rede for, i hvilke kontekster embryoet optræder, og hvilke kategorier der viser sig i forbindelse med kunstig befrugtning behandling, idet de befrugtede æg, som bruges i dansk stamcelleforskning, så at sige starter deres tilværelse i fertilitetsklinikken. Dernæst vil jeg afdække stamcelleforskningens behandlingsperspektiver og skitsere, hvilke beskyttelseshensyn der følger af dels etiske kategoriseringer af det befrugtede æg og dels af den menneske- og fællesskabsretlige ramme. Herefter analyseres udviklingen af og de nærmere betingelser for embryonal stamcelleforskning i dansk ret. Navnlig sondringen mellem et befrugtet æg (præ-embryo) og et implanteret fosteranlæg stammer fra et britisk udredningsarbejde, og i den forbindelse vil den britiske reguleringsmodel også blive præsenteret med henblik på at illustrere, hvilken betydning et begreb om fosterets biologiske og etiske status har haft for den retlige udvikling og kategorisering i Storbritannien.

## 2. Embryoer

### 2.1. In vitro-befrugtning

Kvinder og par, der enten ikke på naturlig vis kan opnå graviditet eller som på grund af en kendt risiko for en arvelig lidelse ønsker at diagnosticere det befrugtede æg inden en graviditet etableres, har mulighed for at modtage kunstig befrugtning behandling inden for de rammer, der er etableret i befrugtningsloven.

I fertilitetsbehandlingen har man en række behandlingstilbud og teknikker til rådighed. Nogle af disse involverer, at ægget befrugtes uden for kvindens krop. Dette er tilfældet ved IVF-behandling (*In Vitro Fertilisation*), hvor æg og sæd blandes i et reagensglas og ved mikroinsemination (*Intra Cytoplasmic Sperm Injection*), hvor en enkelt sædcelle indsprøjtes i ægget.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Disse overordnede hensyn er nærmere beskrevet i kapitel 3.

<sup>4</sup> Se nærmere Mette Hartlev: *Håbets reguleringskraft* i Ciara Damgaard, Carsten Henriksen og Hanne Petersen (red.): *Ret & Usikkerhed*, København, 2005, p. 59-78 (65-67).

## 2.2. Selektion og frasortering

### 2.2.1. Frasortering på baggrund af biologiske kriterier

Efter at æggene er blevet befrugtede i reagensglasset eller petriskålen, vil embryologen undersøge dem nærmere med henblik på frasortering. For det første frasorteres de befrugtede æg, hvor det umiddelbart kan konstateres, at der ikke er fertilitetspotentiale. Denne præliminære frasortering sker således på baggrund af biologiske kriterier, idet et æg, der ikke har delt sig korrekt, ikke er implanteringsdygtigt, og derfor aldrig vil kunne udvikle sig til en graviditet. Biologisk set kan man sige, at disse befrugtede æg således defineres som æg med "*manglende livsduelighed*", og i klinikken kategoriseres de derfor som "*skraldespandsæg*",<sup>5</sup> der ikke kan opfylde behandlingens formål (at etablere en graviditet).<sup>6</sup> Det er usikkert om denne indledende sortering, der konstateres med det blotte øje under mikroskopet, er reguleret i befrugtningsloven.<sup>7</sup>

### 2.2.2. Præimplantationsdiagnostik

Efter den indledende frasortering af æg uden livsduelighed kan de resterende befrugtede æg undergives en genetisk undersøgelse, også kaldet præimplantationsdiagnostik (PGD), hvor en enkelt celle ved en intervention fjernes fra cellekernen med henblik på en diagnostisk undersøgelse af kromosomer og/eller gener. Denne form for sortering er udtrykkeligt reguleret i befrugtningslovens §§ 7 og 8. Efter disse bestemmelser kan befrugtede æg undersøges for *væsentlige* kromosomabnormiteter, ligesom de – hvis parret på forhånd har en kendt risiko for en *alvorlig arvelig lidelse* – kan undersøges for bestemte genetiske lidelser. Er der tale om en kønsbunden arvelig lidelse, eksempelvis blødersygdom, der kun optræder hos drenge, er det tilladt at frasortere befrugtede æg med dette køn for at forhindre en alvorlig arvelig lidelse hos barnet. Bestemmelserne om præimplantationsdiagnostik giver således mulighed for, at de befrugtede æg, der kategoriseres som "*syge*", kan fravælges til klinisk brug.

Mens diagnosticering af sygdomme på fosteret både skal ske inden for rammerne af lægeansvaret og har betydelige grænseflader til abortbestemmelserne og derfor til det vejlednings- og støttere regime, der omgiver abort-

---

<sup>5</sup> Mette Nordahl Svendsen og Lene Koch: *Det overskydende æg – kategoriseringsprocesser i et moralsk landskab* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, København, 2007, p. 207-222 (212).

<sup>6</sup> Disse befrugtede æg svarer således til de befrugtede æg in vivo, der ubemærket går til grunde, fordi de ikke er implanteringsdygtige.

<sup>7</sup> Jf. om sortering i lovens § 7, der alene angår *genetiske* undersøgelser, og § 8, som angår sortering af *sædceller* med henblik på at vælge barnets køn.



beslutningen, er der for så vidt angår diagnosticering af befrugtede æg anderledes retlige rammer.

For det første kan befrugtede æg med enhver væsentlig kromosomafvigelse frasorteres til behandlingsbrug, og der skal således ikke søges særlig tilladelse hertil. Spørgsmålet er dog, hvordan kravet om væsentlighed skal fortolkes. Svaret på dette spørgsmål er at i det væsentligste overladt til lægen at udfylde, dog under iagttagelse af det formål lovens § 7 udtrykker, nemlig at forhindre implantation af befrugtede æg, der senere som sygt foster vil opfylde betingelserne for svangerskabsafbrydelse.<sup>8</sup>

For det andet er lægen ikke pålagt samme vejledningspligt, idet der ikke er krav om, at der skal oplyses om vejledningsmuligheder angående støtte til omsorgen for et handicappet barn.<sup>9</sup> På in vitro stadiet har det syge befrugtede æg således i denne kontekst ikke samme potentielle status som et kommende barn, som det er tilfældet for syge fostre.

Skal det befrugtede æg diagnosticeres for en bestemt arvelig lidelse på grund af en kendt risiko, er der ifølge befrugtningslovens § 7, stk. 1 både krav om, at der skal være indikation for den diagnostiske undersøgelse ("kendt"), og at lidelsen skal være alvorlig. Dette rejser både spørgsmålet om, hvordan kravet om lidelse og alvorlighed skal fortolkes. Også i dette tilfælde må bestemmelsen fortolkes på baggrund af bestemmelsens underliggende formål. Er der fx tale om en recessiv lidelse, hvor fosteret kun er anlægsbærer, vil dette ikke være tilstrækkeligt grundlag for en frasortering, mens en dominant arvelig lidelse, hvor fosteret kun har nødtigt at arve det syge gen fra den ene forælder for at få lidelsen, vil være grundlag for en frasortering. Den tilhørende vejledning præciserer yderligere, at der lægges vægt på lidelsens kliniske sværhedsgrad i den konkrete familie, og nævner som eksempel på omfattede lidelser bl.a. blødersygdom, cystisk fibrose og Huntington's Chorea.<sup>10</sup>

Befrugtningslovens § 7, stk. 3 giver også mulighed for en positiv selektion af befrugtede æg. Således kan der i konkrete tilfælde og efter udredning og

---

<sup>8</sup> Jf. også vejledning nr. 15057 af 30. september 1997 om kunstig befrugtning og anden reproduktionsfremmende behandling, pkt. 43.

<sup>9</sup> Derimod er der krav om, at præimplantationsdiagnostik ikke må ske alene på baggrund af anlægsbærerdiagnostik hos forældrene, dvs. uden genetisk rådgivning af parret. Se vejledning nr. 15057 af 30. september 1997 om kunstig befrugtning og anden reproduktionsfremmende behandling, pkt. 43.

<sup>10</sup> Vejledning nr. 15057 af 30. september 1997 om kunstig befrugtning og anden reproduktionsfremmende behandling, pkt. 44-45.

sundhedsfaglig vurdering i Sundhedsstyrelsen gives tilladelse til, at præimplantationsdiagnostik anvendes til at udvælge netop det befrugtede æg, som er sygdomsfrit og vævskompatibelt med en ældre søskende, der lider af en livstruende sygdom. Herved gives der mulighed for en positiv udvælgelse af en såkaldt "*saviour sibling*", som kan fungere som knoglemarvs-, navlesnors- eller vævsdonor. Denne mulighed for at foretage positiv selektion har karakter af en absolut undtagelse. Forældre, der lider af et handicap, og som ønsker et barn, der lider af samme handicap, har således ikke mulighed for at tilvælge befrugtede æg, der er "syge". Der har fx været omtalt tilfælde,<sup>11</sup> hvor døve forældre ønskede at få et døvt barn ved kunstig befrugtning, således at de befrugtede æg ved hjælp af præimplantationsdiagnostik undersøges og udvælges ud fra et sygdoms- eller handicapkriterium. Tilsvarende må der heller ikke selekteres positivt for bestemte "gode" egenskaber eller præferencer, såsom køn, højde, drøjde eller intelligens.

### *2.2.3. Selektion med henblik på etablering af graviditet*

Efter frasorteringen af de befrugtede æg, der ikke er livsduelige, eller som er syge, vil der være et antal egnede æg tilbage i petriskålen. Embryologen skal nu udvælge, hvilke af disse resterende æg der skal benyttes i det aktuelle behandlingsforsøg. Selvom alle de resterende befrugtede æg ser ud til at være biologisk livsduelige og måske endda også er sygdomsfri, er det alligevel muligt for embryologen at graduere kvaliteten af disse æg ved iagttagelse gennem mikroskop. I klinikken kan de således blive kategoriseret som "*dårlige*", "*gode*", "*pæne*", "*flotte*" og "*smukke*".<sup>12</sup> Denne graduering af kvaliteten kan gå på det bedst mulige fertilitetspotentiale med mindst risiko for, at graviditeten senere går til grunde, men kan også indeholde en kvalitativ vurdering af, hvilke æg der ser ud til at kunne udvikle sig med mindst risiko for senere at blive misdannet eller sygt. Man kan diskutere, hvorvidt der må selekteres blandt disse befrugtede æg med henblik på tilvalg af de æg, der ser ud til at have det bedste fertilitetspotentiale, idet reguleringen af selektion af befrugtede æg umiddelbart kun fokuserer på *genetiske* undersøgelser. At loven som hovedregel ikke tillader positiv udvælgelse af bestemte befrugtede æg taler på den ene side for, at embryologen skal udvælge de æg, der skal implanteres tilfældigt. På den anden side indgår de befrugtede æg i dette

---

<sup>11</sup> Se omtale i N Levy: *Deafness, Culture and Choice* i Journal of Medical Ethics, 2002, 28, p. 284 og KW Anstey: *Are Attempts to have impaired children justifiable* i Journal of Medical Ethics, 2002, 28, p. 286.

<sup>12</sup> Mette Nordahl Svendsen og Lene Koch: *Det overskydende æg – kategoriseringsprocesser i et moralsk landskab* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, København, 2007, p. 207-222 (212).

tilfælde i en behandlingssituation. Det betyder, at lægen ud fra faglige betragtninger kan udvælge de æg, der bedst sikrer en god faglig standard, og som både tilgodeser kvindens interesse i, at behandlingens formål opfyldes, og de sundhedsøkonomiske interesser i at levere effektiv behandling med færrest mulige behandlingsforsøg.

### 2.3. Destruktion og bortskaffelse

Både i fertilitetsklinikken og i forskningslaboratoriet kan der være brug for at bortskaffe befrugtede æg. I klinikken vil der være tale om de embryoer, der umiddelbart kategoriseres som ”skraldespandsæg”, eller som efterfølgende må destrueres, fordi de er i overskud<sup>13</sup> eller frasorteret på grund af kromosomafvigelse og ikke bliver doneret til forskning, eller fordi de skal destrueres ved frysetidens udløb efter 5 års opbevaring, jf. lovens § 15, stk. 1.<sup>14</sup> I forskningslaboratoriet vil der være tale om befrugtede æg, som ikke længere benyttes til forskning.

Fælles for disse forskellige kategorier af befrugtede æg gælder, at de, i forbindelse med bortskaffelse, kategoriseres som *klinisk risikoaffald*. I klinikken og laboratoriet smides de dyrkningsskåle og strå, der opbevarer de befrugtede æg, således i en særlig affaldsspand, der anvendes til at opsamle klinisk risikoaffald. At de befrugtede æg kategoriseres som klinisk risikoaffald, kan både henføres til, at dyrkningsskålene som sådanne på grund af skår kan udgøre en *håndteringsmæssig risiko* og til, at dyrkningsskålene indeholder follikel- og blodholdige væsker, og derfor kan udgøre en *sundhedsmæssig risiko*.<sup>15</sup> Miljøstyrelsens vejledning<sup>16</sup> om klinisk risikoaffald definerer således klinisk risikoaffald som affald fra sundhedssektoren, der kan være smittefarligt, eller som ved en direkte kontakt kan indebære en særlig risiko ved håndtering, herunder reagensglas, skår o.lign., som indeholder rester af blod, pus eller væske.

Frem for at bortskaffe eller destruere befrugtede æg er der også mulighed for at donere dem til forskning. På den måde kan befrugtede æg, der på grund af frasortering, sygdom eller overtallighed må kasseres, blive

---

<sup>13</sup> Begrebet overskydende æg behandles nærmere senere nedenfor.

<sup>14</sup> Derudover skal der efter § 15, stk. 2 ske destruktion ved dødsfald, separation, skilsmisse og samlivsophævelse. I tilfælde af dødsfald kan disse embryoer ikke doneres til forskning, mens der i de øvrige situationer kræves samtykke fra begge parter.

<sup>15</sup> Tak til Søren Ziebe, laboratorieleder ved Rigshospitalets Fertilitetsklinik, som har været behjælpelig med oplysninger om bortskaffelse og destruktion af befrugtede æg.

<sup>16</sup> Vejledning nr. 60178 af 01/08/1998 om håndtering af klinisk risikoaffald, afsnit 3.2. Se også nærmere kapitel 6, hvor kravene til affaldsbeholder, opbevaring, afhentning og forbrænding kort er berørt.

nykategoriseret som et værdifuldt *forskningsobjekt* og kilde til *regenerativ medicin* i stamcellelaboratoriet.

### 3. Stamcelleforskning og behandlingsperspektiver<sup>17</sup>

Stamcelleforskningen er et forskningsfelt, der i de senere år har nydt stor bevågenhed. Forskernes viden om stamceller er vokset hurtigt og har ændret vores forestillinger om, hvad kroppens celler er i stand til. De store fremskridt har skabt forventninger om, at man i fremtiden vil kunne kontrollere de processer, der får stamceller til at specialisere sig, og på den måde håber man at kunne dyrke eksempelvis en arm, en nyre eller reparere ødelagte områder i hjernen.<sup>18</sup> De biomedicinske forskere håber således, at stamceller kan bruges til at reparere eller erstatte sygt eller ødelagt væv, hvilket vil skabe behandlingsmuligheder for kroniske sygdomme som diabetes type 1, Parkinsons syge, Alzheimers, kroniske hjertelidelser, slagtilfælde samt andre sygdomme eller skader, der forårsager eller skyldes beskadigelse af kroppens celler. Men stamcelleforskningen relaterer sig ikke alene til udviklingen af regenerativ medicin udvundet fra ”gode” befrugtede æg. Stamceller bruges også i grundforskningsøjemed til at frembringe syge celler, eksempelvis celler med Parkinsons syge, idet studier af sygdomsmodeller i petriskålen og transplantation i dyremodeller kan øge forståelsen af sygdomme, hvilket på sigt også vil kunne danne grundlag for udviklingen af fx medikamentelle terapier. Befrugtede æg, der er blevet frasorteret efter præimplantationsdiagnostisk undersøgelse, kan således også spille en vigtig rolle i grundforskningsøjemed.

---

<sup>17</sup> Tak til Dr. Stephen Minger, Director of King’s Stem Cell Biology Laboratory, King’s College London, som gav mig mulighed for at besøge laboratoriet og få et inspirerende indblik i stamcelleforskning, og som har været behjælpelig med oplysninger om stamceller og cytoplasmiske hybrider.

<sup>18</sup> Om det tekniske i dette afsnit kan henvises til European Commission: Commission Staff Working Paper Report on Human Embryonic Stem Cell Research, Report of 3 April 2006, D. Solter et al: Embryo Research in Pluralistic Europe, Berlin, 2003, p. 96-110, Genteknologiudvalgets rapport ”Fremtidens bioteknologier – muligheder og risici”, Ministeriet for Videnskab, Teknologi og Udvikling, København, 2002, Det Ethiske Råd: Patent på menneskers gener og stamceller – redegørelse, København, 2004, p. 81-86, Hannah Taylor & Stephen L. Minger: *Regenerative medicine in Parkinson’s disease: generation of mesencephalic dopaminergic cells from embryonic stem cells* i Current Opinion in Biotechnology, vol. 16, issue 5, October 2005, p. 487-492, Mette Hartlev: *Håbets reguleringskraft* i Ciara Damgaard, Carsten Henrichsen, Hanne Petersen (red.): Ret & usikkerhed, Forskningsafdeling II’s Årsskrift, København, 2005, p. 59-78 (71-75), Mette Hartlev: *Kloning i retlig belysning* i UfR 2001B.235-242 og Linda Nielsen: *Patent på stamceller – ret og etik* i Mads Bryde-Andersen, Caroline Heide-Jørgensen & Jens Schovsbo (red.): Festskrift til Mogens Koktvedgaard, København, 2003, p. 373-381 (374-375).

Der findes to typer celler; kønsceller (æg- og sædceller) og somatiske celler (kropsceller). Kønscellerne indeholder halvdelen af personens arvmasse, altså 23 kromosomer, mens kropscellerne indeholder hele personens arvmasse, dvs. alle 46 kromosomer. Blandt kropscellerne er der mange forskellige celletyper med hver deres form og størrelse. Kropscellerne er altså specialiserede celler, fx nerveceller, hudceller, blodceller, hjerneceller osv. Stamceller er celler, der kan danne identiske kopier af sig selv og som endnu ikke har udviklet sig til specialiserede celler. Under de rette omstændigheder kan stamceller differentiere sig til de mange forskellige celletyper, der findes i kroppen. Stamceller kan således både forny sig selv og give ophav til de forskellige celler i kroppen. Den voksne organisme har dog også depoter af stamceller med begrænset udviklingspotentiale i de dannede væv og organer, således at celler kan gendannes, efterhånden som de naturligt går til grunde, eksempelvis gendannes de røde blodlegemer hver 120. dag ved hjælp af denne særlige type stamceller, der findes i kroppen.

Man skelner mellem *voksne stamceller*, der fx findes i blod og knoglemarv, *føtale stamceller*, der stammer fra fostervæv<sup>19</sup> eller navlestrengsblod og *embryonale stamceller*, der stammer fra det ca. 5-7 dage gamle befrugtede æg. De embryonale stamceller har et særligt udviklingspotentiale, fordi de har evnen til at udvikle sig i mange retninger.

Embryonale stamceller udvindes fra befrugtede æg og kan både høstes fra æg, der er blevet til ved befrugtning mellem et æg og en sædcelle, og eksempelvis er blevet i overskud eller frasorteret i forbindelse med kunstig befrugtning behandling, eller de kan høstes ved at bruge kloningsteknikken.<sup>20</sup> Kloningsteknikken kan både anvendes til at skabe en kopi af et andet menneske, såkaldt reproduktiv kloning, eller til at fremstille embryonale stamceller med henblik på behandling, såkaldt terapeutisk kloning. Kloning, der anvender kernetransplantationsteknikken, har et særligt potentiale i forhold til at høste stamceller, der kan bruges til at dyrke væv eller organer, fordi der her vil være tale om vævskompatible celler. Kloning med kernetransplantation foregår ved, at man tømmer en ægcelle for sin cellekerne og i stedet indsætter kernen fra en kropscelle, eksempelvis en hudcelle fra den syge person, der har brug for stamceller. Ægcellen kan ved manipulation med elektriske impulser herefter omprogrammere hudcellen,

---

<sup>19</sup> Om brug af aborterede fostre, se nærmere kapitel 6.

<sup>20</sup> Se hertil Mette Hartlev: Kloning i retlig belysning, UfR 2001B.235 ff.

så den begynder at opføre sig som et befrugtet æg<sup>21</sup> og dele sig, indtil man kan høste æggets stamceller.

Embryonale stamceller udtages fra den indre cellekerne og overføres til et lag ”feeder-celler”,<sup>22</sup> hvorpå stamcellerne kan dele sig. Herefter anbringes de i et varmeskab, hvor temperatur, ilt- og kuliltemætning efterligner de forhold, cellerne ville have inde i en krop, og tilføres jævnlige næringsvæske, hvis sammensætning minder om blod. Under de rette vækstbetingelser kan cellerne formere sig i ubegrænset tid uden at specialisere sig yderligere og blive til såkaldte stamcellelinjer, som er grundlaget for at kunne studere stamcellernes differentieringspotentiale. Teknikken er stadig under udvikling og raffinering, og forskning viser, at det er en svær proces både at udvikle stamcellelinjer (herunder at hindre yderligere specialisering) og at styre cellernes specialisering.

Omkring halvdelen af de befrugtede æg, der doneres til stamcelleforskning, fortsætter deres celledeling indtil den 6. dag efter befrugtningen, hvor de når blastocystestadiet. Af disse har 2/3 en cellekerne, hvorfra der kan isoleres stamceller. Fra disse stamceller lykkes det i 20-30 % af tilfældene at udvikle stamcellelinjer. Undertiden påbegynder stamcellelinjerne spontant en specialisering med den virkning, at de må kasseres. Lykkes det derimod at manipulere stamcellerne i en bestemt differentieringsretning, bliver de til den ønskede specialiserede celletype, og man vil således under mikroskopet kunne observere, at stamcellerne nu har udviklet sig til eksempelvis hjerteceller, der allerede udviser den karakteristiske sammentrækning, som når hjertet slår.

Arbejdet med at få stamceller til at differentiere sig til specialiserede celler er kun i sin begyndelse, og puslespillet går fx ud på at klarlægge, hvilke gener der skal aktiveres og hæmmes for at sikre en bestemt differentieringsretning. Derudover kræver teknikken mange befrugtede æg, idet det – som beskrevet ovenfor – kun er et fåtal af de befrugtede æg, der med succes udvikles til stamcellelinjer. Stamcellelinjer kan derfor også blive importeret og eksporteret som en vare til brug for forskning i laboratorierne, eller de kan, som det er tilfældet i Storbritannien, deponeres i en stam-

---

<sup>21</sup> Se Det Ethiske Råd og Det Dyreetiske Råd: Debatoplæg om kloning og kloningsrelaterede teknikker, København, 2001.

<sup>22</sup> Feeder-celler er et lag almindelige kropsceller, som støtter stamcellerne, indtil disse har nået en tilstrækkelig celletæthed. De udgør herved en nødvendig del af vækstmiljøet for at frembringe stamceller, idet stamcellerne i starten har en så lav celletæthed, at en videre opformering ikke er mulig. Feeder-cellerne kan eksempelvis være lymfocytter fra milten, forhudsceller tilvejebragt efter omskæring af drengebørn, eller de kan stamme fra dyr.

cellebank, hvorfra både nationale og internationale forskere kan ansøge om at få adgang til dem.<sup>23</sup> Det vil kræve flere tusinde forskellige stamcellelinjer at kunne behandle alle mennesker, i hvert fald hvis stamcellerne skal kunne bruges klinisk uden samtidig anvendelse af immunundertrykkende medicin, fordi stamcellelinjerne skal være vævskompatible med den enkelte patient. I løbet af de første tre år, hvor stamcelleforskning var mulig i Danmark, blev der kun udviklet 18 stamcellelinjer. På internationalt plan er det endnu kun ganske få stamcellelinjer, der er kommercielt tilgængelige for forskningsbrug, fordi de øvrige ikke er tilstrækkeligt kultiverede eller karakteriserede,<sup>24</sup> og klinisk brug af stamceller ligger derfor formentlig en del år ude i fremtiden.

Udviklingen på stamcelleområdet går dog stærkt, og der rapporteres ofte om nye opdagelser. Stamceller vil muligvis i fremtiden også kunne opformeres fra andre kilder. Eksempelvis har fostervand, fedtvæv og ”tilbage-programmering” af almindelige celler til stamcellestadiet<sup>25</sup> været nævnt som mulige nye kilder til stamceller.

## 4. Beskyttelseshensyn

### 4.1. Striden om det befrugtede ægs etiske status

Et centralt etisk spørgsmål i relation til stamcelleforskning er, som jeg var inde på i kapitel 3, det faktum, at stamceller høstes fra befrugtede æg, som ødelægges i processen. Hvis befrugtede æg har høj etisk status, må de ikke ødelægges, eller også kræver det vægtige modhensyn at ødelægge dem. Er

---

<sup>23</sup> Om UK StemCellBank, se nærmere <[www.ukstemcellbank.org.uk/index.html](http://www.ukstemcellbank.org.uk/index.html)> /nov. 2007. Den 29. marts 2007 besluttede Kommissionen i øvrigt at finansiere et europæisk register for stamcellelinjer, se <[www.hescereg.eu/index.php](http://www.hescereg.eu/index.php)> /aug. 2007.

<sup>24</sup> Brian Vastag: *Medical news & perspectives: effort launched to study stem cell lines, train researchers how to nurture them* i Journal of the American Medical Association 2003: 289, 1092. Et andet problem i forhold til klinisk brug er, at mange af stamcellelinjerne er udviklet ved hjælp af såkaldte ”feeder-celler” fra dyr. Klinisk anvendelse af stamceller i mennesker forudsætter således formentlig frembringelse af et stort antal cellelinjer, hvis vækstmiljø ikke har været kontamineret af celler fra dyr, og hvor der i stedet er brugt celler fra fostre, forhudsceller fra nyfødte eller andre let tilgængelige celler fra mennesker.

<sup>25</sup> Føtale hudceller og forhudsceller fra nyfødte er således med succes blevet ”omprogrammeret” til stamceller med samme pluripotente egenskaber som embryonale stamceller, se James A. Thomson et al: *Induced Pluripotent Stem Cell Lines Derived from Human Somatic Cells* i Science vol. 318, no. 5858, p. 1917-1920. Anvendelse af føtale celler er nærmere behandlet i kapitel 6.

der vægtige modhensyn, må det overvejes, om der er etiske grænser for ødelæggelsen af befrugtede æg.<sup>26</sup>

I Danmark fik striden om det befrugtede ægs etiske status den lovgivningsmæssige konsekvens, at der i 1986 blev fremsat lovforslag om oprettelsen af et Etisk Råd, der skulle udarbejde en indstilling til regler om beskyttelse af befrugtede æg, og indtil rådet havde haft lejlighed til at tage stilling til den fremtidige regulering, vedtog Folketinget et forbud mod forskning på befrugtede æg.<sup>27</sup>

Hvis man ser på reguleringen af stamcelleforskning i Europa, findes både eksempler på en liberal holdning, eksempelvis Storbritannien, Sverige og Belgien, hvor det er tilladt at forske på befrugtede æg, herunder æg der er ”specialfremstillet” til forskning ved kernetransplantation – og på en restriktiv holdning, eksempelvis Tyskland og Italien, hvor det ikke er tilladt at forske på befrugtede æg og dermed heller ikke at udvinde stamceller herfra.<sup>28</sup>

Striden om det befrugtede ægs etiske status har således spillet en forskellig rolle i forskellige nationale reguleringer, men har, som jeg vil uddybe i de følgende afsnit, også en betydning i de internationale og EU-retlige rammer.

#### **4.2. Den menneskeretlige ramme for stamcelleforskning**

Unesco (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization) er en af FN's særorganisationer, der begyndte sit virke i 1946, efter at de første 20 lande – herunder Danmark – havde ratificeret Unesco's forfatning. Formålet med organisationen er bl.a. at bidrage til fred og sikkerhed ved at

---

<sup>26</sup> Søren Holm: *Going to the roots of the stem cell controversy* i *Bioethics*, 2002, vol. 16, no. 6, p. 493-507 (497-498).

<sup>27</sup> Se Mette Hartlev: *Legitimering af stamcelleforskning – samspil mellem lovgivning og teknologi* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, København, 2007, p. 45-66 (49-52).

<sup>28</sup> Se også Hans-Georg Dederer: *Regulation of Human Embryonic Stem Cell Research in Germany* i *Journal of International Biotechnology Law*, 2006 3 (2), p. 63-71, Malene Rowlandson: *Regulating human genetics in a pluralist society – legal and ethical implications of stem cell research* i Hans Viggo Godsk Pedersen (red.): *Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2005*, København, 2005, p. 254-272. Retsstillingen i de nordiske lande er nærmere beskrevet i Laura Walin: *Ambiguity of the Embryo Protection in the Human Rights and Biomedicine Convention: Experiences from the Nordic Countries* i *European Journal of Health Law* 14 (2007) p. 131-148, dog er de retlige rammer i Norge efter denne artikels publicering ændret, således at der ligesom i Danmark kan forskes på overskydende æg.



## Kapitel 7

fremme samarbejde mellem nationerne via uddannelse, videnskab og kultur.<sup>29</sup>

I oktober 2005 vedtog Unesco's Generalkonference deklARATIONEN om bioetik og menneskerettigheder. Baggrunden for deklARATIONEN er bl.a. som anført i præamblen:

*"... it is necessary and timely for the international community to state universal principles that will provide a foundation for humanity's response to the ever-increasing dilemmas and controversies that science and technology present for humankind and for the environment"*

DeklARATIONEN adresserer bioetiske spørgsmål på det generelle niveau og har derfor ikke nogen bestemmelser, der specifikt vedrører spørgsmålet om stamcelleforskning og det befrugtede ægs status. DeklARATIONEN betoner på linje med en række andre menneskeretlige instrumenter principperne om den menneskelige værdighed og menneskers forrang i forhold til samfundsmæssige og videnskabelige interesser, jf. art. 3, men anfører ikke, i hvilket omfang befrugtede æg og fostre er omfattet heraf. De principper, der er møntet på de nationale reguleringers materielle indhold, angår dog alle de etiske problemstillinger, der knytter sig til *"medicine, life sciences and associated technologies as applied to human beings"*, jf. art. 1 (1). Som nævnt tidligere i kapitel 2, blev EMRK art. 8 fortolket i lyset af både BioetikdeklARATIONEN og Bioetikkonventionen i sagen Evans v. UK, der netop omhandlede befrugtede ægs status. Sagen er et eksempel på, at de principper, der kan udledes af BioetikdeklARATIONEN, har gennemslagskraft som argumentationspartner i bioretlige spørgsmål.

Derudover fastsætter deklARATIONEN en række principper, der har betydning for, hvordan staterne bør angribe bioetiske spørgsmål i reguleringsprocessen, jf. art. 18-20, og spørgsmålet om stamcelleforskning er således også omfattet heraf. Beslutninger om bioetiske spørgsmål bør således præges af *"professionalism, honesty, integrity and transparency"*, samfundet og de relevante aktører bør jævnligt føre dialog, og offentlig pluralistisk debat bør fremmes. Herudover anføres det, at uafhængige, tværfaglige og pluralistiske etiske komitéer på relevante niveauer bør medvirke til at bedømme og rådgive i bioetiske spørgsmål, herunder medvirke i forberedelsen af bioretlig regulering.

I modsætning til Unesco's BioetikdeklARATION, der især indeholder generelle principper, er der i Europarådets Bioetikkonvention også mere specifikke

---

<sup>29</sup> UNESCO forfatningen af 16. november 1945, art. 1.

bestemmelser, der udtrykkeligt har materiel betydning for spørgsmålet om regulering af stamcelleforskning.

Som nævnt i kapitel 2 har værdighedsbegrebet en fremtrædende rolle både i konventionens titel, præambel og formålsbestemmelse. Art. 1 fastsætter således, at

*”Parties to this Convention shall protect the dignity and identity of all human beings and guarantee everyone, without discrimination, respect for their integrity and other rights and fundamental freedoms with regard to the application of biology and medicine”*

Det er imidlertid usikkert, om befrugtede æg falder inden for begreberne *human being* og *everyone*. Den tilhørende Explanatory Report<sup>30</sup> giver modstridende svar på dette spørgsmål ved på den ene side at fremhæve *”it was acknowledged that it was a generally accepted principle that human dignity and the identity of the human being had to be respected as soon as life began”* og på den anden side understrege, at begrebet *everyone* ikke er defineret på grund af den manglende konsensus mellem landene, hvorfor definitionen overlades til national ret. På trods af denne usikkerhed indeholder konventionen dog en enkelt bestemmelse, der tager stilling til kategoriseringen af det befrugtede æg. Art. 18 (2) forbyder således, at embryoer skabes alene med henblik på forskning. Det betyder, at tilvejebringelse af befrugtede æg, hvad enten det sker ved at forene en æg- og sædcelle i en petriskål<sup>31</sup> eller med kernetransplantationsteknikken (terapeutisk kloning) ikke er tilladt, hvis ægget befrugtes alene til dette formål.<sup>32</sup> Bioetikkonventionen tager ikke stilling til, om det herudover bør være tilladt eller forbudt at forske på befrugtede æg *in vitro*, men foreskriver, at lovgivningen skal sikre tilstrækkelig beskyttelse af fosteret, hvis embryo-forskning tillades. En nærmere definition af denne beskyttelse anføres dog hverken i ordlyden eller den tilhørende Explanatory Report.

---

<sup>30</sup> Explanatory Report, pkt 18-19.

<sup>31</sup> Dette indebærer, at der heller ikke er mulighed for at donere kønsceller til stamcelleforskning med henblik på, at forskerne selv frembringer befrugtede æg af de donerede kønsceller.

<sup>32</sup> Selvom et fåtal af lande har ratificeret Bioetikkonventionen, har den indirekte fået stor betydning, idet EU-Kommissionen har udelukket bestemt forskning fra at modtage forskningsbevillinger. Det drejer sig bl.a. om forskning relateret til reproduktiv kloning, eller som indebærer, at befrugtede æg skabes udelukkende i forskningsøjemed, herunder terapeutisk kloning. Se nærmere afsnit 4.3. FN har i øvrigt også opfordret alle medlemslande til at forbyde alle former for kloning, jf. resolution 59/280 af 8. marts 2005.

Herudover vil enkelte aspekter af forskning på embryoer være omfattet af Bioetikkonventionens mere generelle bestemmelser, eksempelvis kravet i art. 2 om, at forskning skal foretages i overensstemmelse med gældende faglige forpligtelser og standarder, og art. 13, der finder anvendelse for embryoforskning, der relaterer sig til den menneskelige arvemasse.

Den menneskeretlige ramme for stamcelleforskning tager således ikke stilling til, i hvilket omfang det befrugtede æg er omfattet af værdighedsprincippet, men tildeler alligevel det befrugtede æg en status på flere niveauer. Dels ved at fordrer, at embryoet ikke kun må starte sin tilblivelse som et rent middel, men også som et mål i sig selv,<sup>33</sup> og dels ved at betone sammenhængen mellem bioetisk refleksion og bioretlig regulering, hvor kategoriseringen af embryoet således forhandles gennem inddragelse af et bredt udsnit af kompetencer, hensyn og aktører.

### **4.3. Den EU-retlige ramme – kompetence til at regulere etik og allokering af forskningsmidler**

Forskning er, som nævnt i kapitel 2 og 3, karakteriseret ved at være grænseoverskridende. Det betyder, at stamcelleforskning ikke kun foregår i nationale forskergrupper, men også i større transeuropæiske konsortier, hvor forskergrupper på tværs af medlemsstaterne samler sig i partnerskaber og integrerede projekter, bl.a. med henblik på at opnå støtte fra EU's rammeprogrammer.

De enkelte forskere er dog underlagt forskellige retlige rammer. Medlemslandene har nemlig ligesom på det reproduktive område også valgt forskellige reguleringsstrategier på området for regenerativ medicin og stamcelleforskning. Dette skyldes, at der blandt landene er forskellige opfattelser af, hvad der er etisk forsvareligt.<sup>34</sup> Kommissionen måtte således også efter et seminar, der skulle afklare holdninger til støtte af stamcelleforskning under rammeprogrammerne, konkludere, at *"despite all attempts to reduce the scope of the ethical debate, on the crucial issue of research using spare human embryos created for in vitro fertilisation purposes, the funda-*

---

<sup>33</sup> Jf. Immanuel Kants princip *"Act in such a way that you treat humanity, whether in your own person or in the person of any other, always at the same time as an end and never simply as a means"* udledt af hans kategoriske imperativ, der er et centralt princip i den deontologiske moralfilosofi. Se Immanuel Kant: *Groundwork for the metaphysics of morals*, Oxford, 2002, p. 36.

<sup>34</sup> Jf. nærmere afsnit 4.1. ovenfor.

*mentally incompatible moral positions of different Member States could not be reconciled”.*<sup>35</sup>

Art. 6 (3) TEU fastslår, at unionen skal respektere medlemsstaternes nationale identitet. Dette fortolkes af Kommissionen som, at EU ikke har kompetence til at regulere på det etiske domæne,<sup>36</sup> herunder om og under hvilke betingelser stamcelleforskning tillades. Dette er dog ikke ensbetydende med, at EU-retten er uden betydning for forskning i stamceller. En vis regulering af det etiske domæne<sup>37</sup> udmøntes således i unionens allokering af forskningsmidler gennem rammeprogrammerne.

Både under sjette og syvende rammeprogram havde Kommissionen således opstillet et sæt etiske retningslinjer for bevillingen af EU-støtte til forskning i embryonale menneskelige stamceller.<sup>38</sup> I henhold til disse retningslinjer er tre forskningsfelter udtrykkeligt udelukket fra fællesskabsfinansiering; forskning i reproduktiv kloning af mennesker, forskning, der sigter mod at ændre menneskers arvemasse på en måde, der gør ændringerne arvelige, og forskning, der sigter mod at skabe menneskelige embryoer alene til forskningsformål eller at fremskaffe stamceller, herunder ved kernetransplantation.

---

<sup>35</sup> Cordis News, Beyond 2002, Inter-institutional Debate on Stem Cell Research Reveals Extent of Ethical Split Within Europe 2003-04-25. Se også Aurora Plomer: *The Law and Ethics of Medical Research: International Bioethics and Human Rights*, London, 2005, p. 67-68.

<sup>36</sup> European Commission: Commission Staff Working Paper Report on Human Embryonic Stem Cell Research, Report of 3 April 2006, p. 12. På den anden side fastslår art. 6 (1), at unionen bygger på grundlæggende respekt for fundamentale menneskerettigheder, og modstandere af stamcelleforskning har anført, at denne forskning er i strid med respekt for menneskelig værdighed og ret til liv og derfor i strid med traktaten. Som jeg var inde på i afsnit 3.2 giver den menneskeretlige ramme dog plads til en pluralistisk etisk opfattelse af det befrugtede ægs status.

<sup>37</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/44/EF om retlig beskyttelse af bioteknologiske opfindelser indeholder dog også en etikklause, hvorefter der ikke kan gives patent på opfindelser, hvis kommercielle udnyttelse vil stride mod sædelighed eller offentlig orden. Det er omdiskuteret, om dette forbud indebærer, at der ikke kan gives patent på embryonale stamcellelinjer. Se nærmere Deryck Beyleveld, Roger Brownsword & Margaret Llewelyn: *The Morality Clauses of the Directive on the Legal Protection of Biotechnological Inventions: conflict, compromise and the patent community* i Richard Goldberg & Julian Lonbay (ed.): *Pharmaceutical Medicine – Biotechnology and European Law*, Cambridge, 2000, p. 157-181. Spørgsmålet om patentering af embryonale stamceller er ikke nærmere forfulgt her, idet der henvises til Malene Rowlandson Stokholm: *Patent Law, Biotechnology and Ethical Considerations*, Ph.d. afhandling, Syddansk Universitet, 2008.

<sup>38</sup> Se bilag til KOM (2006) 548 endelig af 29.06.2006

Det anføres i retningslinjerne, at de etiske rammer for fællesskabsfinansieringen af embryonal stamcelleforskning *"på ingen måde [indebærer] nogen værdidom over de retsregler eller etiske rammebestemmelser, der gælder for denne forskning i medlemsstaterne."*<sup>39</sup> Forskningsansøgninger, der består en videnskabelig bedømmelse, underkastes *"en streng etisk bedømmelse"*,<sup>40</sup> der tilrettelægges af Kommissionen. I forbindelse med den etiske bedømmelse påses det, at forskningsprojektet opfylder de etiske retningslinjer knyttet til rammeprogrammet, ligesom der ved bedømmelsen skal lægges vægt på de principper, der bl.a. kan udledes af EU's charter om grundlæggende rettigheder og Bioetikkonventionen. I den forstand får Bioetikkonventionen, som kun er underskrevet og ratificeret af et fåtal af de "gamle" medlemslande, altså en indirekte indflydelse af stor praktisk og økonomisk betydning.<sup>41</sup>

Disse retningslinjer er resultatet af, at medlemslandenes opfattelse af stamcelleforskning og det befrugtede ægs etiske status er så forskelligartede, og at de lande, hvis lovgivning er restriktiv, ikke ønsker at medfinansiere forskning udført under retlige rammer, der af dem opfattes som etisk forkerte. Kommissionens etiske granskning indeholder således også en kontrol af, at forskningsprojekterne overholder de retlige rammer i det medlemsland, hvor forskningen skal udføres.

Selvom Kommissionen således tillader, at der uddeles forskningsmidler til stamcelleforskning på overskydende æg, sker det dog i meget begrænset omfang. Mod slutningen af det sjette rammeprogram, der løb fra 2002 til 2006, var der således kun blevet uddelt et beløb til forskning i stamceller svarende til mindre end 3 % af de EU-midler, der uddeles til forskning i

---

<sup>39</sup> KOM (2006) 548 endelig af 29.06.2006, bilagets pkt. 3.

<sup>40</sup> KOM (2006) 548 endelig af 29.06.2006, bilagets pkt. 6.

<sup>41</sup> EU's Charter om grundlæggende rettigheder forbyder alene reproduktiv kloning, men forholder sig i øvrigt ikke specifikt til stamcelleforskning. Art. 1 og 2 i Charteret omfatter formentlig ikke fosteret og det befrugtede æg, idet den retlige og etiske definition af mennesket, i lyset af art. 6 (3) TEU, må anses for at være et nationalt anliggende. Ligeledes kan det heller ikke ubetinget lægges til grund, at Bioetikkonventionen, med sin spredte tilslutning fra medlemslandene, afspejler en grundlæggende fælleseuropæisk værdi om, at stamcelleforskning kun kan udføres på overskydende æg. EMD har således også i alle sager om det befrugtede ægs og fosterets status lagt vægt på den manglende europæiske konsensus. Efter min opfattelse kan man således ikke lægge til grund, at det fællesskabsretlige værdigrundlag opstiller restriktioner for stamcelleforskning. I C-377/98, Holland mod Rådet og Parlamentet, hvor Holland anlagde annulationssøgsmål ved EF-Domstolen om direktiv 98/44/EF af 6. juli 1998 om retlig beskyttelse af biologiske opfindelser, afviste EF-Domstolen i øvrigt, at direktivet ikke tilstrækkeligt definerede, hvornår et forhold stred mod ordre public, idet det var nødvendigt at give medlemsstaterne et vist råderum for nationale etiske grænser (pr. 39).

sundhed og bioteknologi. Af de 18 forskningsprojekter om stamceller, der modtog støtte, var kun et enkelt projekt relateret til forskning i *embryonale* stamceller.<sup>42</sup> Yderligere involverede alle 18 projekter forskning på eksisterende stamcellelinjer, og der blev således ikke ydet støtte til udvikling af nye stamcellelinjer, selvom klinisk anvendelse af stamceller på længere sigt kræver skabelse af nye stamcellelinjer, der i vækstmiljøet ikke har været i berøring med animale celler. Denne tilbageholdenhed kan ses som et udslag af et forsigtighedsprincip, hvor man er tilbageholdende med at tingsliggøre befrugtede æg, så længe stamcelleforskningen ikke har leveret egentlige terapier, men skyldes formentlig også, at de enkelte lande også har indflydelse på, hvordan rammeprogrammet løbende udmøntes i praksis. Dette sker i programkomitéerne, der dels har indflydelse på, hvilke forskningsområder der sendes i udbud og dels skal godkende alle større bevillinger, som Kommissionen tildeler.

I forbindelse med det syvende rammeprogram skal forskningsprojekter, der ønsker støtte, påvise, at brugen af overskydende befrugtede æg er *nødvendig*. Dette nødvendighedskrav stilles ikke i dansk ret, men stilles eksempelvis i britisk ret. Kommissionen har i tråd hermed, som jeg vil vende tilbage til, også oprettet et register, der skal registrere data vedrørende de 81 stamcellelinjer, der indgår eller har indgået i EU-finansieret forskning, således at nye cellelinjer ikke tilvejebringes unødigt.

Selvom det i retningslinjerne, som nævnt, anføres, at de ikke indebærer nogen værdidom over de nationale retlige og etiske rammer, udtrykker de efter min opfattelse en betydelig grad af normativitet. Retningslinjerne er et eksempel på, at regulering og kategorisering af nye teknologier også finder sted uden for de traditionelle lovgivningsstrategier, som jeg berørte i kapitel 2. Selvom regulering af det etiske domæne falder uden for unionens kompetenceområde, formidles bestemte opfattelser af teknologi og det befrugtede ægs etiske status gennem allokeringen af forskningsmidler, idet man her signalerer, hvilke teknologier man aktivt fremmer og understøtter. I den forstand svarer mekanismen til den, som den nationale lovgiver har til rådighed ved at formidle teknologien som uønsket i et forbud. Gennem allokeringen af forskningsmidler sker der således en betydelig *de facto*-regulering af det etiske domæne.

På dette område udgør kategoriseringen af det befrugtede æg som noget, der har en særlig høj etisk status, udmøntet i såvel Kommissionens etiske

---

<sup>42</sup> Se The European Group on Ethics in Science and New Technologies to the European Commission, Recommendations on the ethical review of hESC FP7 research projects, Opinion No. 22, 20 June 2007, pkt. II.3, III.4 og annex 3.

retningslinjer og de restriktive nationale retlige grænser, som findes i nogle medlemslande – og som i vidt omfang er blevet optaget i Kommissionens retningslinjer – således en betydelig hindring af den fri bevægelighed for forskere og forskning. Som skitseret findes der dog, efter min opfattelse, ikke en grundlæggende fælleseuropæisk norm om det befrugtede ægs etiske og retlige status, og der er derfor grund til at være kritisk over for, om den harmonisering, som Kommissionens etiske retningslinjer er udtryk for, er forenelig med de friheder og rettigheder, som følger af Traktatens bestemmelser om fri bevægelighed.<sup>43</sup>

## 5. Embryonal stamcelleforskning i dansk ret

### 5.1. Indledning

Befrugtningsloven, der regulerer fertilitetsbehandling og forskning på befrugtede og ubefrugtede æg, og komitéloven, der regulerer biomedicinske forsøg, udgør de centrale retlige rammer for forskning i stamceller. Stamcelleforskning har været mulig i Danmark siden 1. september 2003, hvor en ændring af befrugtningsloven trådte i kraft.<sup>44</sup>

Der forskes i stamceller flere steder i landet, primært i København, Odense, Århus og Aalborg på universiteterne og universitetshospitalerne og et par steder i den private sektor.<sup>45</sup> På Rigshospitalet er der etableret et samarbejde mellem fertilitetsklinikken og stamcellelaboratoriet, som betyder, at fertilitetsklinikken sørger for at indsamle embryoer til forskning. At fertilitetsklinikken er den vigtigste kilde til embryoer til stamcelleforskning, skyldes, at de retlige rammer kun giver mulighed for at forske på æg, der er i overskud fra fertilitetsbehandling.<sup>46</sup>

### 5.2. Historik

I 1983 blev det første reagensglasbarn født i Danmark. IVF-teknikken betød dog ikke bare, at der kunne tilbydes fertilitetsbehandling til barnløse par,

---

<sup>43</sup> Det lægger uden for denne afhandlings afgrænsning at belyse spørgsmålet mere fyldestgørende, men dette spørgsmål kan efter min opfattelse med fordel gøres til genstand for yderligere retsvidenskabelig behandling.

<sup>44</sup> Se Folketingets samling 2002-03, L 209 – Forslag til lov om ændring af lov om kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning m.v. (forskning på embryonale stamceller).

<sup>45</sup> Se nærmere Danish Stem Cell Research Center, <[www.dasc.dk/res\\_groups/](http://www.dasc.dk/res_groups/)> /sep. 2007.

<sup>46</sup> Til sammenligning er æg i Storbritannien tilgængelige fra kloning, ligesom HFEA har givet licens til universitetet i Newcastle til at tilbyde IVF-behandling til halv pris mod donation af æg til forskningsbrug. Derudover er det tilladt for kvinder at donere æg specifikt til forskning mod et honorar på 250 pund.

men også at det befrugtede æg nu var blevet fjernet fra kvindens krop og bragt frem i lyset af laboratoriets mikroskop, hvor det kunne undersøges, manipuleres og anvendes til forsøg. Spørgsmålet om, hvordan man skulle håndtere forskning på befrugtede æg, trængte sig således på, og i 1984 afgav et udvalg nedsat af indenrigsministeren sin rapport, Fremskridtets pris. Rapporten anbefalede bl.a., at forskning på befrugtede æg kun måtte udføres indtil 14 dage fra befrugtningen, og kun hvis formålet var at opnå viden om og udvikle kunstig befrugtning behandling.<sup>47</sup> I kølvandet på rapporten blev der stillet lovforslag om oprettelse af et etisk råd.<sup>48</sup> Indtil Det Ethiske Råd havde haft lejlighed til at tage stilling til den fremtidige regulering, blev der vedtaget et forbud mod forskning på befrugtede æg. Derudover vedtog man visse forbud mod bestemt forskning, der allerede blev betragtet som *"i etisk henseende – 'klare' situationer"*.<sup>49</sup> Man forbød således forsøg, hvis formål var at skabe mennesker ved hjælp af reproduktiv kloning, skabelsen af mosaikindivider (dvs. individer, som ved sammensmeltning af forskellige præ-embryoer sammensættes af celler med forskellig arvmasse) og hybrider (dvs. et individ med arvmasse fra flere arter). Overtrædelse af disse specifikke forsøgsforbud kunne straffes med bøde eller hæfte.

Loven tildelte umiddelbart det befrugtede æg en høj etisk status, idet den pålagde Etisk Råd at lægge den antagelse til grund i sit arbejde, at livet starter ved befrugtningen. Denne ekspliciterede stillingtagen til det befrugtede ægs etiske status gav, som tidligere nævnt, anledning til megen debat under Folketingets behandling af lovforslaget, og man indhentede derfor to ekspertudtalelser fra Det Sundhedsvidenskabelige Forskningsråd og Den Centrale Videnskabsetiske Komité.<sup>50</sup> Begge udtalelser fremhævede, at befrugtningen var en nødvendig, men ikke tilstrækkelig forudsætning for udviklingen af et individ. Bestemmelsens etiske normering blev således modificeret af det videnskabelige, og er, som Mette Hartlev udtrykker det, et eksempel på, at *"et begreb om menneskelivets begyndelse konstrueres ... i et dynamisk samspil mellem jura, etik og videnskab/teknologi"*.<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> Fremskridtets pris, Indenrigsministeriet, København, 1984, p. 16.

<sup>48</sup> L 76 – Forslag til lov om oprettelse af et etisk råd og regulering af visse biomedicinske forsøg, Folketingstidende 1986-87, tillæg A, spalte 1569ff.

<sup>49</sup> L 76 – Forslag til lov om oprettelse af et etisk råd og regulering af visse biomedicinske forsøg, Folketingstidende 1986-87, tillæg A, spalte 1569ff, bemærkninger til § 6.

<sup>50</sup> Folketingstidende 1986-87, tillæg B, spalte 1917-1928.

<sup>51</sup> Mette Hartlev: *Legitimering af stamcelleforskning – samspil mellem lovgivning og teknologi* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, København, 2007, p. 45-66 (53-54).



I 1990<sup>52</sup> blev det midlertidige forbud mod forsøg på menneskelige befrugtede æg forlænget med et år, idet sundhedsministeren agtede at fremsætte lovforslag om regulering af biomedicinsk forskning på levende individer, og den endelige regulering af forsøgsadgangen på befrugtede æg mente man måtte ses i sammenhæng med dette spørgsmål. I komitéloven, der trådte i kraft i 1992, blev forskningsforbuddet på befrugtede æg lempet, således at forskning var tilladt, hvis den havde til hensigt at sikre en forsvarlig behandlingskvalitet i forbindelse med in vitro-befrugtning. Begrundelsen for nu at indføre adgang til forskning på dette felt var, at IVF-behandling var blevet en anerkendt behandling i det danske sundhedsvæsen, og at forskning – ligesom på alle andre behandlingsområder – var en integreret del af den stadige udvikling af behandlingskvaliteten. En fortsat afvisning af at tillade forskning ville således være ensbetydende med ”*bevidst at tilbyde ringere behandling end den mulige.*”<sup>53</sup> Denne regulering af forsøg på befrugtede æg blev således dels kædet sammen med et behandlingsperspektiv, og dels kædet sammen med beskyttelsen af forsøgspersoner gennem retligt bindende rammer for den videnskabetiske bedømmelse af biomedicinske forskningsprojekter i bredere forstand.<sup>54</sup> Det eksisterende regelgrundlag, navnlig Helsinki-deklarationen, var for det første ikke retligt bindende for forskerne og omfattede for det andet alene biomedicinske forsøg på levende mennesker, men hverken på afdøde eller det menneskelige liv fra befrugtning til fødsel.

I 1997 blev reguleringen af forskning og forsøg på menneskelige befrugtede æg samlet i den nye befrugtningsslov. Samtidig blev adgangen til forskning på området udvidet fra kun at give adgang til at forske i forbedring af IVF-teknikker til også at omfatte forbedring af præimplantationsdiagnostikken. I denne lov blev regulering af forskning og forsøg kædet sammen med at skabe retlige rammer for behandling med kunstig befrugtning. Formålet med loven var navnlig at sikre, at udviklingen på dette område skete inden for acceptable etiske rammer,<sup>55</sup> og loven indeholdt således både en række

---

<sup>52</sup> Lov nr. 315 af 16. maj 1990 om ændring af lov om oprettelse af et etisk råd m.v. og Folketingets Forhandlinger 1989-90, spalte 8026-8031.

<sup>53</sup> Se L 59 – Forslag til lov om et videnskabetisk komitesystem og behandling af biomedicinske forskningsprojekter, fremsat 23. oktober 1991, Folketingstidende 1991-92, tillæg A, spalte 1119ff, bemærkninger til § 13.

<sup>54</sup> Se L 59 – Forslag til lov om et videnskabetisk komitesystem og behandling af biomedicinske forskningsprojekter, fremsat 23. oktober 1991, Folketingstidende 1991-92, tillæg A, spalte 1119ff, almindelige bemærkninger, pkt. 2-3.

<sup>55</sup> L 5 – Forslag til lov om kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning m.v., Folketingstidende 1996-97, tillæg A, side 29ff, almindelige bemærkninger, pkt. 1.

forbudsbestemmelser samt et godkendelsessystem, der i forening sikrede kontrol med nye teknikker og teknologier.

I 2003 blev adgangen til forskning udvidet, således at det også blev muligt at forske på befrugtede æg og høste stamceller herfra med henblik på at opnå bedre sygdomsbehandling, jf. befrugtningslovens § 25, stk. 1, nr. 3. De nærmere betingelser for denne stamcelleforskning belyses i de følgende afsnit.

### **5.3. Overskydende æg og donation**

Det følger af befrugtningslovens § 25, stk. 2, at udtagning og befrugtning af æg til forsøg med andre forskningsformål end dem, der er nævnt i § 25, stk. 1, nr. 1-3, ikke er tilladt. Bestemmelsens ordlyd synes ikke umiddelbart at regulere spørgsmålet om, hvem der må eller kan donere befrugtede æg til forskning. Det følger imidlertid af forarbejderne,<sup>56</sup> at der alene må forskes på overskydende æg, dvs. æg der er i overskud fra fertilitetsbehandling. Det betyder, at alle befrugtede æg, der benyttes til stamcelleforskning, oprindeligt blev befrugtet med et klinisk formål. Forarbejderne knytter først og fremmest denne begrænsning til ”... forskernes klare tilkendegivelser om, at overskydende æg fra fertilitetsbehandling er tilstrækkelige til at dække forskningens behov ... Når en konkret behandlingsmæssig anvendelse måtte komme tættere på, vil kernetransplantation måske skulle overvejes, bl.a. fordi det kan vise sig at være en vigtig forudsætning for at fremstille celler, som patientens organisme ikke afstøder.”<sup>57</sup>

Denne begrænsning indebærer, at kvinder ikke kan donere æg direkte til forskningsbrug, ligesom det heller ikke er tilladt at bruge æg fra døde kvinder eller aborterede pigefostre, jf. befrugtningslovens § 10. Selvom forbuddet mod at bruge æg fra afdøde ikke er nærmere begrundet i forarbejderne, synes det bagvedliggende rationale primært at være knyttet til lovens behandlingsmæssige perspektiv (at afdøde ikke skal kunne blive forældre)<sup>58</sup> og ikke dens forskningsperspektiv. At alle æg, der bruges til

---

<sup>56</sup> I Folketingets samling 2002-2003, L 209 (forskning på embryonale stamceller), almindelige bemærkninger, pkt. 5.1 pointeres, at der (som hidtil) kun må forskes i overskydende æg. At bestemmelsen skal fortolkes i dette lys, fremgår af forarbejderne til komitéloven af 1991, idet det anføres, at komitélovens § 13, stk. 2, skal forstås på den måde, at der kun må forskes på overskydende æg, og ren donation af æg til forskningsformål er dermed udelukket, Folketingstidende 1991-92, tillæg A, spalte 1147. Se hertil Mette Hartlev: *Legitimering af stamcelleforskning – samspil mellem lovgivning og teknologi* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, København, 2007, p. 45-66 (62-64).

<sup>57</sup> Folketingets samling 2002-2003, L 209 (forskning på embryonale stamceller), til § 1.

<sup>58</sup> Jf. befrugtningslovens § 15, stk. 2 og 3.

stamcelleforskning, oprindeligt skal være skabt med et klinisk formål, skal således ses i sammenhæng med, at man i øvrigt ifølge befrugtningslovens § 2, jf. § 1, stk. 2 ikke må fremstille befrugtede æg ved kernetransplantation, ligesom befrugtning af æg udelukkende til forskningsbrug endvidere vil stride mod Bioetikkonventionens artikel 18 (2).

Et par der er i fertilitetsbehandling, og som har flere befrugtede æg, end der skal bruges i ét behandlingsforsøg, skal tage stilling til, hvad der skal ske med de overskydende æg. Rammerne for, hvor mange æg der må anvendes i det enkelte behandlingsforsøg, findes i vejledning om kunstig befrugtning og anden reproduktionsfremmende behandling, hvoraf fremgår, at der højst bør oplægges to friske eller tre cryopreservede befrugtede æg i kvinden.<sup>59</sup> Er der tale om æg uden fertilitetspotentiale, fx fordi de ikke har delt sig korrekt eller frasorterede æg, som fravælges på grund af en arvelig lidelse, vil klinikken enten kassere dem eller bede parret om at tage stilling til, om æggene skal doneres til forskning. Er der tale om æg med fertilitetspotentiale, kan de nedfryses i op til 5 år med henblik på etablering af endnu en graviditet, ligesom de kan doneres til forskning. Ved frysetidens udløb foreskriver befrugtningsloven, at æggene enten skal destrueres eller doneres til forskning.

At der kun må forskes på æg, der er til overs fra fertilitetsbehandling, betyder, at det kun er par, der er eller har været i fertilitetsbehandling, der kan donere befrugtede æg til forskning. Med virkning fra 1. januar 2007<sup>60</sup> blev det tilladt for alle kvinder at donere æg til en anden kvinde, så denne kan blive gravid ved hjælp af kunstig befrugtning behandling. Dette kan potentielt medføre et større antal overskydende æg,<sup>61</sup> der kan benyttes til stamcelleforskning. På den anden side udvidede loven samtidig den tilladte frysetid fra 2 år til 5 år, således at parrene har bedre muligheder for at bruge de nedfrosne æg, der var til overs fra forrige behandlingscyklus, til etablering af endnu en graviditet.

---

<sup>59</sup> Vejledning nr. 15057 af 30/09/1997 om kunstig befrugtning og anden reproduktionsfremmende behandling, pkt. 27 og 28.

<sup>60</sup> Se Folketingets Samling 2005-06, L 151 Forslag til lov om ændring af lov om kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning m.v. (Omfanget af behandling på de regionale sygehuse, vurdering af forældreegnethed, lempelse af ægdonationsreglerne og forlængelse af opbevaringstiden for nedfrosne æg) fremsat 26. januar 2006.

<sup>61</sup> Antallet af donationer fra kvinder, der ikke selv er i kunstig befrugtning behandling, er dog ganske lavt, hvilket formentlig skyldes, at donation kun må ske mellem indbyrdes anonyme kvinder. Om antallet af donationer se endelig besvarelse af spørgsmål nr. S 2660 (Alm. del), som Charlotte Fischer (RV) har stillet til indenrigs- og sundhedsministeren den 7. februar 2007 <[www.ft.dk/samling/20061/spoergsmaal/S2660/svar/endeligt/20070418/365912.HTM](http://www.ft.dk/samling/20061/spoergsmaal/S2660/svar/endeligt/20070418/365912.HTM)>.

Uanset om det befrugtede æg, der doneres til forskning, er skabt fra det donerende pars egne kønsceller eller evt. ved hjælp af enten en doneret æg- eller sædcelle, er det udelukkende det par, der donerer det befrugtede æg, der er kompetent til at give samtykke til forskning. Samtykke skal være skriftligt, og parret skal forinden have modtaget både mundtlig og skriftlig information, jf. § 4 i bekendtgørelse nr. 1724 af 21. december 2006 om kunstig befrugtning.<sup>62</sup> At donation til forskning kræver *parrets* samtykke, afviger således fra den råderet, der i andre sammenhænge, er knyttet til ”konceptionsproduktet”, idet råderetten normalt udelukkende er knyttet til kvinden.<sup>63</sup>

Der er således opstillet en række betingelser, der forbinder de æg, der alligevel er til overs i fertilitetsklinikken med forsøgslaboratoriet. Anvendelsen af begrebet ”overskuds” signalerer i sig selv, at det er legitimt at bruge det til nyttig forskning, idet selve eksistensen af æg, der ikke skal anvendes til fertilitetsbehandling, stort set ikke problematiseres. Lovgivningen er således gennem bestemmelserne om, at der højst må oplægges 2-3 æg i kvinden ved hvert behandlingsforsøg, og at befrugtede æg højst må nedfryses i 5 år, hvorefter de skal destrueres eller doneres til forskning, med til at producere de overskydende æg, som er kilden til stamcelleforskning.<sup>64</sup> De opstillede betingelser fremstår derfor som en måde, hvorpå man på etisk forsvarlig vis forbinder veldefinerede overskydende æg til stamcellelaboratoriet.<sup>65</sup> Begrebet ”overskydende æg” er således, som allerede antydnet, ikke et objektivt eller teknisk term, men et begreb, der konstrueres ”i et samspil mellem den praktiske virkelighed i fertilitetsklinikken (produktion af flere befrugtede æg, end der kan tilbageføres i kvinden), lovgivningen (som anvender begrebet til at afgrænse den lovlige forskning og også gennem frysetidsregulering medvirker til at producere overskydende æg), og de par, som er i fertilitetsbehandling og beslutter ikke at gøre brug af de befrugtede æg”.<sup>66</sup>

---

<sup>62</sup> Er det befrugtede æg blevet til ved hjælp af enten doneret æg eller sæd, har donor allerede givet samtykke til donation, jf. bekendtgørelse nr. 1724 af 21/12/2006 om kunstig befrugtning, §§ 9 og 13.

<sup>63</sup> Se nærmere kapitel 6.

<sup>64</sup> Mette Hartlev: *Legitimering af stamcelleforskning – samspil mellem lovgivning og teknologi* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, København, 2007, p. 45-66 (62-64) og Søren Holm: *Embryonic stem cell research and the moral status of human embryos* i *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 10, supp. 1, 2005, p. 63-67.

<sup>65</sup> Mette Nordahl Svendsen og Lene Koch: *Det overskydende æg – kategoriseringsprocesser i et moralsk landskab* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, København, 2007, p. 207-222 (214).

<sup>66</sup> Mette Hartlev: *Legitimering af stamcelleforskning – samspil mellem lovgivning og teknologi* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, København, 2007, p. 45-66 (63).

Kategoriseringsprocesserne i fertilitetsklinikken, hvorigennem befrugtede æg defineres som overskydende og dermed skabes som objekter, der kan doneres til stamcelleforskning, er nærmere beskrevet af Mette Nordahl Svendsen og Lene Koch.<sup>67</sup> I forbindelse med feltarbejde udført på Rigshospitalets fertilitetsklinik har de observeret, at befrugtede æg ikke udelukkende kategoriseres som overskydende på baggrund af fertilitetspotentialitet (*kvalitet*). Overskydende æg er således mere og andet end blot de æg, der ikke kan tilbageføres i kvinden, fordi de fx ikke har graviditetspotentialitet. For det første har de observeret, at *organisatoriske relationer* spiller en rolle. Hvis stamcellelaboratoriet ikke har mulighed for at modtage embryoer, vil færre æg i det tidsrum blive kategoriseret som overskydende æg til donation. Oplever fertilitetsklinikken derimod pres fra stamcellelaboratoriet, bliver flere embryoer kategoriseret som overskydende. For det andet kan *tid og ressourcer* spille en rolle for, hvordan embryoerne kategoriseres. Er der travlhed i klinikken, er der ikke tid til donationsproceduren, og på de tidspunkter bliver embryoerne kasseret, mens der omvendt kategoriseres flere overskydende æg, når klinikerne tager sig tid til at spørge par om donation. Endelig kan embryoerne også kategoriseres som overskydende på baggrund af *kvantitet* frem for kvalitet, fordi stamcellelaboratoriet er utilfreds med kun at modtage æg med dårlig kvalitet, der ikke kun har ringe fertilitetspotentialitet, men også ringe stamcellepotentialitet. Afhængig af parrets situation kan overskydende æg således også komme fra par, der har mange æg med høj kvalitet.

På baggrund af disse feltstudier kan det konstateres, at begrebet overskydende æg ikke er et objektivt biologisk eller lægefagligt begreb, men en socialt konstrueret kategori. Ved at overlade den nærmere definition af det overskydende æg til klinikken bliver det overskydende ægs status således i høj grad defineret af praktiske, pragmatiske og i nogen grad tilfældige hensyn. Lovgiver har således nok signaleret, at det befrugtede æg har en sådan status, at der kun må benyttes æg, der alligevel er i overskud til forskning, men ved at overlade den nærmere definition af begrebet til klinikerne i fertilitetsklinikken signalerer man også, at spørgsmålet om det befrugtede ægs status må være en lægefaglig vurdering. På den måde bruges det lægefaglige til at undgå en mere grundlæggende og udtrykkelig stillingtagen til det befrugtede (overskydende) ægs etiske status.

---

<sup>67</sup> Mette Nordahl Svendsen og Lene Koch: *Det overskydende æg – kategoriseringsprocesser i et moralsk landskab* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, København, 2007, p. 207-222.

Som følge af denne praksis kan man pege på en række retssikkerhedsmæssige problematikker i forhold til parrene. Nogle bliver kun spurgt om donation af dårlige æg (kvalitetskriterium) – andre, der har mange gode æg, bliver også spurgt om donation af de gode æg (kvantitetskriterium). Undersøgelser tyder på, at det altovervejende spørgsmål for de donerende par ikke relaterer sig til æggenes etiske status, men til deres ”garanti” for graviditet med de resterende æg.<sup>68</sup> Da spørgsmålet om såvel behandling som kategorisering af de overskydende æg udspiller sig i klinikken og derved skaber en forbindelse mellem behandling og forskning, kan man diskutere, om der er brug for retlige rammer, der øger gennemsigtigheden og sikrer, at klinikerne udelukkende varetager behandlingsperspektivet. En sådan adskillelse kunne man fx opnå gennem en uafhængig sygeplejerske, der kunne være bindeled mellem klinik og laboratorium og varetage donationsproceduren. En anden mulighed kunne være en lokal tværfaglig komité, der havde kompetence til at tage stilling til, hvilke æg der kan betegnes som overskydende. Navnlig sidstnævnte mulighed ville være i overensstemmelse med Unesco’s bioetikdeklaration art. 2 (e) og 19.

#### **5.4. Forskningsformålet**

Biomedicinske forsøg på befrugtede menneskelige æg samt på kønsceller, der agtes anvendt til befrugtning, må foretages hvis forsøgene ved anvendelse af befrugtede æg og stamceller herfra har til formål at opnå ny viden, som vil kunne forbedre mulighederne for behandling af sygdomme hos mennesker, jf. befrugtningslovens § 25, stk. 1, nr. 3. Derudover er forskningsadgangen som tidligere nævnt begrænset til forbedring af IVF- og præimplantationsteknikker.<sup>69</sup> Forarbejderne anfører, at der med udvidelsen af forskningsmulighederne ikke er givet fri adgang til al forskning, idet det er en betingelse for forskning i embryonale stamceller, at denne har til formål at føre til bedre muligheder for behandling af syge mennesker. Det er *ikke* et krav, at brug af embryoer er *nødvendig* (dvs. eneste måde, hvorpå viden om sygdomsbehandling kan opnås), som det er tilfældet i en del andre lande. Området for tilladt forskning må anses for at være meget bredt, idet det eneste anførte eksempel på forsøg, der ikke er omfattet af adgang til

---

<sup>68</sup> Se Mette Nordahl Svendsen: *Mellem reproduktiv og regenerativ medicin – donation som handlerum i fertilitetsklinikken* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, København, 2007, p. 181-204 (188) og Søren Holm: *The Spare Embryo – A Red Herring in the Embryo Experimentation Debate*, Health Care Analysis, vol. 1, 1993, p. 63-66.

<sup>69</sup> Jf. desuden forskningsforbuddene i befrugtningslovens § 28.

forskning på befrugtede æg, er forsøg, der fx kan føre til udvikling af nye former for antikonception.<sup>70</sup>

Bestemmelsen tillader både grundforskning og behandlingsrelateret forskning.<sup>71</sup> Det må antages, at bestemmelsen også giver mulighed for at bruge befrugtede æg og stamceller som led i undervisning og oplæring af forskere og personale, der arbejder med embryonal stamcelleforskning.

### 5.5. Embryoets rettigheder som forsøgsobjekt

Som tidligere nævnt kræver Bioetikkonventionen, at embryoer, der gøres til genstand for forskning, ydes tilstrækkelig beskyttelse. Konventionen definerer ikke nærmere, hvad en sådan tilstrækkelig beskyttelse indebærer. I dette afsnit vil jeg belyse, hvilke bestemmelser der i dansk ret fungerer som sådanne beskyttelsesgarantier i forhold til det befrugtede æg.

#### 5.5.1. 14-dages-grænsen

Da muligheden for at forske i stamceller blev indføjet i befrugtningsloven, pointerede forarbejderne, at den maksimale tid på 14 dage, som et befrugtet æg må holdes i live uden for en kvindes livmoder, jf. lovens § 26, fortsat var gældende.<sup>72</sup> Den lovmæssige tidsfrist for, hvor længe befrugtede menneskelige æg må holdes i live uden for en kvindes livmoder, fremgik oprindeligt af komitéloven. I forarbejderne hertil anføres, at den tilladte forskning forudsætter en befrugtning uden for en kvindes livmoder og dermed rejser et behov for at fastlægge, hvor længe det befrugtede æg må holdes i live i denne tilstand. I denne forbindelse blev der indført en 14-dages frist regnet fra befrugtningen, væsentligst begrundet i, at implantation på dette tidspunkt normalt er sket<sup>73</sup> og et afgørende nyt stadium i den samlede fosterudvikling dermed indtrådt. Der henvises desuden til, at denne regel har opnået en vis

---

<sup>70</sup> Folketingets samling 2002-2003, L 209 (forskning på embryonale stamceller), til § 1, nr. 1. Derudover vil den videnskabetiske komité dog i sin vurdering af, om et projekt skal godkendes, tillægge det vægt, hvor alvorlig en sygdom der skal forskes i behandling af.

<sup>71</sup> Jf. Indenrigs- og Sundhedsministeriets cirkulæreskrivelse vedrørende forskning på embryonale stamceller af 24. juli 2003, pkt. 4.

<sup>72</sup> Folketingets samling 2002-2003, L 209 (forskning på embryonale stamceller), almindelige bemærkninger, pkt. 4.1.

<sup>73</sup> Implantationen sker ikke i et præcist punkt; den begynder omkring 6.-7. dag og fuldføres omkring 14. dag. Derimod dannes neuralrørsfuren omkring den 14. dag, se Mary Warnock: A Question of Life – Warnock Report on Human Fertilization and Embryology, London, 1985, p. 58-59.

international accept.<sup>74</sup> Det nærmere rationale for 14-dages-grænsen var således ikke genstand for udpræget opmærksomhed.<sup>75</sup>

I Storbritannien<sup>76</sup> var man derimod ganske hurtig til at iværksætte lovforberedende arbejde, der skulle udrede, hvordan man kunne håndtere de nye teknologiske muligheder, der fulgte i kølvandet af udviklingen af IVF-teknikken. Warnock-komitéen, der blev nedsat i 1982, og som offentliggjorde Warnock-rapporten i 1984 havde således ud fra etiske og biologiske overvejelser udpeget 14 dage som den relevante grænse mellem et præembryo og et embryo.<sup>77</sup> Warnock-rapporten bød således på et gennearbejdet og velargumenteret respons på de nye teknologier, og mange lande har valgt at følge den 14-dages-grænse, som rapporten anbefaler, uden dog at lægge sig op ad rapporten fuldt ud. Mette Hartlev anfører, at *"selvom 14-dages-grænsen også indgår i den danske regulering af forskning på befrugtede æg, er der her i landet aldrig opnået en tilsvarende enighed om betydningen af denne grænse. Som følge heraf kan man se, at spørgsmålet om håndtering af befrugtede æg tages op igen og igen – og i forskellige kontekster. Det befrugtede ægs etiske status bliver således ikke ved med at være dagsordenssættende for diskussionen om regulering af forskning på befrugtede æg. Senere bliver det regulering af den biomedicinske forskning og behovet for at beskytte forsøgspersoner og patienters rettigheder, som sætter dagsordenen. Derefter er det hensynet til det kommende barn, som påvirker dagsordenen for regulering af den embryonale forskning. Og endelig er det videnskabens løfter om behandlingsmuligheder for uhelbredeligt syge mennesker, som får lov til at sætte rammer for diskussionen om forskning på det befrugtede æg."*<sup>78</sup>

Man kan drage paralleller til 12-ugers-grænsen i abortreguleringen i den forstand, at det deskriptive (referencen til implantationen, som begrundelse for 14-dages-grænsen) også her bruges som en måde at løse eller måske snarere undgå spørgsmålet om det befrugtede ægs etiske status. Grænsen

---

<sup>74</sup> Folketingstidende 1991-92, tillæg A, spalte 1146-47, bemærkninger til § 13, stk. 3.

<sup>75</sup> Sammenlignet med den opmærksomhed 14-dages-grænsen var genstand for i Storbritannien.

<sup>76</sup> Se i øvrigt afsnit 6 nedenfor om britisk ret.

<sup>77</sup> Se Mary Warnock: *A Question of Life – Warnock Report on Human Fertilization and Embryology*, London, 1985, p. 64-66. Om udviklingen af den danske og britiske regulering se også Mette Hartlev: *Legitimering af stamcelleforskning – samspil mellem lovgivning og teknologi* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, København, 2007, p. 45-66 (49, 60-61).

<sup>78</sup> Mette Hartlev: *Legitimering af stamcelleforskning – samspil mellem lovgivning og teknologi* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, København, 2007, p. 45-66 (61).



bliver således en pragmatisk måde, hvorpå man både sikrer den samfundsmæssigt ønskelige forskning i alvorlige sygdomme og respekten for embryoet.

### 5.5.2. Informeret samtykke

Donationsproceduren foregår som tidligere nævnt i klinikken. Spørgsmålet om donation af friske embryoer til stamcelleforskning introduceres til par i behandling, umiddelbart efter at kvinden har fået lagt et eller flere befrugtede æg op i livmoderen. Lægen holder i den forbindelse en samtale med parret om de resterende embryoer, og er der heriblandt æg, der er blevet kategoriseret som overskydende, bringer lægen donationsspørgsmålet op. Donationsproceduren indebærer en kort mundtlig orientering om stamcelleforskning, hvorefter parret får udleveret skriftligt materiale om såvel forskningsprojektet som vilkårene for donation, jf. komitélovens §§ 7, stk. 1, nr. 9 og 16, stk. 2. Da et doneret embryo hurtigt skal overføres til laboratoriet, så celledelingen kan fortsætte, har parret en time til at træffe deres beslutning. Parret bliver bedt om at aflevere samtykkeblanketten til en sygeplejerske for at skabe et så frit valg for dem som overhovedet muligt, hvor de ikke føler sig tvunget til at imødekomme den læge, der netop har behandlet dem.<sup>79</sup>

Ved donation af embryoer fra fryseren har parret inden nedfrysning givet samtykke til opbevaring,<sup>80</sup> og herudover kræves et skriftligt, informeret samtykke til donation til forskning.<sup>81</sup>

Forud for samtykket skal parret have information om det konkrete forskningsprojekt. Hvis forskningsprojektet drejer sig om at etablere en stamcellelinje, der vil kunne danne grundlag for en lang række forskningsprojekter, der har til formål at opnå ny viden, som vil kunne forbedre mulighederne for behandling af sygdomme hos mennesker, skal parret orienteres om, at projektet har dette formål. Parret skal også have oplysninger om, at de ikke senere vil blive bedt om samtykke i anledning af eventuelle efterfølgende forskningsprojekter.

---

<sup>79</sup> Mette Nordahl Svendsen: *Mellem reproduktiv og regenerativ medicin – donation som handlerum i fertilitetsklinikken* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, København, 2007, p. 181-204 (184).

<sup>80</sup> Jf. befrugtningslovens §§ 17, stk. 1 og 20, stk. 1 samt bekendtgørelse nr. 1724 af 21/12/2006 om kunstig befrugtning, § 4.

<sup>81</sup> Se komitélovens kapitel 5, hvoraf følger, at et skriftligt, informeret samtykke er påkrævet, før den videnskabsetiske komité meddeler tilladelse til forskningsprojektet.

Parret skal endvidere oplyses om, at alle forskningsprojekter, der vedrører stamceller og stamcellelinjer fra embryoer, skal godkendes i det videnskabetiske komitésystem – også i de tilfælde, hvor parrets samtykke ikke længe skal indhentes til videnskabeligt brug af embryonale stamcellelinjer.<sup>82</sup>

Mens vejledningsforpligtelsen i relation til svangerskabsafbrydelse har karakter af at afholde flest muligt fra at vælge abort, har vejledningsforpligtelsen ved donation af befrugtede æg således snarere karakter af at tilskynde flest muligt til at bidrage til forskning i sygdomsbehandling. Også i denne kontekst afspejles således, at fosteret og det befrugtede æg har forskellig retlig status.

### *5.5.3. Godkendelse i det videnskabetiske komitésystem*

Alle forskningsprojekter, der indebærer forsøg på levende mennesker, kønsceller, befrugtede æg, fosteranlæg og fostre, væv, celler og arvebestanddele samt på døde, skal ifølge komitélovens §§ 8, stk. 1 og 9, stk. 1, jf. § 7, nr. 1, forelægges komitéerne til godkendelse.

Komitésystemet består af 5 regionale videnskabetiske komitéer og Den Centrale Videnskabetiske Komité. De videnskabetiske komitéer er uafhængige og består af medlemmer, der er aktive inden for den sundhedsvidenskabelige forskning, og læge medlemmer, der ikke har en sundhedsvidenskabelig uddannelse og ikke har en aktuel tilknytning til sundhedsprofessionerne.

I henhold til komitélovens § 12 kan komitéen kun meddele tilladelse til et forskningsprojekt, *hvis* de risici, der kan være forbundet med at gennemføre projektet, ikke har et uforsvarligt omfang, og *hvis* den forventede gevinst i terapeutisk henseende og for folkesundheden kan berettige projektet, og *hvis* projektets videnskabelige standard opfylder kravet om, at projektet skal bidrage til udvikling af ny, værdifuld viden, og *hvis* der er tilstrækkelig grund til at gennemføre projektet, og projektets konklusioner er berettigede. Forud for eventuel godkendelse skal forskningsprojekter, der vedrører forskning på befrugtede menneskelige æg, desuden godkendes i det videnskabetiske komitésystem for så vidt angår, om projektet har det tilladte formål i henhold til befrugtningslovens § 27, stk. 2, jf. § 25. Det vil herefter være det videnskabetiske komitésystems opgave at vurdere, om et givet forskningsprojekt falder ind under et af de ovenfor anførte formål i befrugtningslovens § 25, samt foretage en vurdering af, om et forskningsprojekt

---

<sup>82</sup> Jf. Indenrigs- og Sundhedsministeriets cirkulæreskrivelse vedrørende forskning på embryonale stamceller af 24. juli 2003, pkt. 7.

efter bestemmelsen om stamcelleforskning indeholder elementer af en sådan art og lødighed, at det vil kunne danne grundlag for at finde helbredelsesmuligheder for sygdomme. Der er ikke fastsat faste retningslinjer for, hvordan komitésystemet skal vurdere et projekts videnskabelige og etiske lødighed,<sup>83</sup> hvilket kan give grund til kritiske bemærkninger. Hvis et nyt forskningsområde giver anledning til principielle etiske overvejelser, er der dog mulighed for at suspendere komitéens behandling af ansøgningen, jf. komitélovens § 26 med henblik på, at Den Centrale Videnskabsetiske Komité kan foretage disse principielle overvejelser.

Projekter, der involverer embryonale stamceller, skal i *hvert enkelt tilfælde* godkendes af en videnskabsetisk komité. Dette gælder også forskningsprojekter, der har til formål at danne stamcellelinjer på grundlag af embryonale stamceller. Uanset i hvilket ”led” stamcellelinjen befinder sig, skal hvert enkelt projekt derfor godkendes af en videnskabsetisk komité.<sup>84</sup>

Komitéloven indeholder i § 8, stk. 4 en bestemmelse om, at forskning på cellelinjer ikke skal anmeldes til det videnskabsetiske komitésystem, hvis cellelinjerne stammer fra et forsøg med indsamling af celler eller væv, som har opnået den nødvendige godkendelse. Ifølge § 8, stk. 6 gælder denne procedure imidlertid ikke for forskningsprojekter, hvori der indgår befrugtede æg og stamcellelinjer herfra. Begrundelsen herfor er, at embryonale stamceller og embryonale stamcellelinjer – i modsætning til andre celler og cellelinjer (herunder fra fx aborterede fostre) – er underkastet bestemte forskningsformål, hvis overholdelse skal påses. Stamceller og stamcellelinjer har således en anden retlig status end andre celler, selvom stamceller ikke kan udvikle sig til et foster.<sup>85</sup>

### 5.6. Særlige forhold ved deponering i stamcellebank

Som tidligere nævnt er der i Storbritannien oprettet en uafhængig stamcellebank med det formål at opnå fremskridt i stamcelleforskningen gennem

---

<sup>83</sup> I Storbritannien kan The Human Fertilisation and Embryology Authority derimod administrere regelsættet på baggrund af de principper, der blev opstillet i Warnock-rapporten, og som dannede grundlag for loven ligesom HFEA's Code of Practice nærmere udmønter de krav, der stilles til godkendt forskning m.v.

<sup>84</sup> Jf. Indenrigs- og Sundhedsministeriets cirkulæreskrivelse vedrørende forskning på embryonale stamceller af 24. juli 2003, pkt. 5.

<sup>85</sup> Derimod indeholder befrugtningsloven ingen frysetidsbestemmelser for stamcellelinjer – på dette punkt har cellerne altså en anden status, hvilket afspejler, at der ikke længere er tale om et embryo, og der derfor ikke er brug for særlige beskyttelsesbestemmelser ud over den anmeldelse til den videnskabsetiske komité, der vil være påkrævet ved brug af de nedfrosne stamcellelinjer til et forsøg med et nyt formål.

nationalt og internationalt samarbejde. Britiske stamcelleforskere har pligt til at deponere stamcellelinjer i banken, så andre forskere, herunder også udenlandske forskere fra såvel universiteter som industrien, kan få adgang til dem. Netop fordi Storbritannien oprettede verdens første stamcellebank af denne art,<sup>86</sup> og fordi det europæiske *Human Embryonic Stem Cell Registry*<sup>87</sup> endnu kun er under opbygning, kunne man forestille sig, at spørgsmålet om deponering af og adgang til stamcellelinjer kan have praktisk betydning, også for danske stamcelleforskere. I det følgende vil jeg belyse de retlige forhold, der knytter sig hertil.

#### *5.6.1. Import*

Ifølge befrugtningslovens § 12 er det ikke tilladt at sælge, formidle salg eller på anden måde medvirke til salg af ubefrugtede eller befrugtede menneskelige æg. I denne henseende har stamcellelinjer dog ikke status af et befrugtet æg, og det vil derfor være muligt at importere stamcellelinjer, også selvom dette sker som en kommerciel transaktion. Forarbejderne til ændringsloven af 2003<sup>88</sup> anfører således, at det er hensigten, at importerede stamceller skal underkastes de samme betingelser, som skal gælde for embryonale stamceller tilvejebragt i Danmark. Dette medfører, at såvel betingelsen om, at stamcellerne skal hidrøre fra overskydende æg fra fertilitetsbehandling, som samtykkereglerne og kravet om forskningsformålet skal være opfyldt ved eventuel import og anvendelse af importerede stamcellelinjer.

#### *5.6.2. Eksport*

For det første må det ved deponering af danske stamcellelinjer i en udenlandsk bank afklares, om der må ske eksport. Befrugtningsloven for-

---

<sup>86</sup> UK Stem Cell Bank fik således i høj grad indflydelse via krav om standardisering og kvalitetskontrol, som skal gøre det muligt for forskerne at arbejde med veldefineret, ensartet materiale, der umiddelbart kan sammenlignes i videnskabelig forskning. Kravene er nærmere beskrevet i S.H. Cedar, J. A. Cooke, Z. Luo, M.J. Patel & S.L. Minger: *From embryos to embryonic stem cells: biopolitics and therapeutic potentials* i *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 13, no. 5, November 2006, p. 725-731 (728-729).

<sup>87</sup> Se nærmere <[www.hescreg.eu](http://www.hescreg.eu)> /sep. 2007 og The European Group on Ethics in Science and New Technologies to the European Commission, *Recommendations on the ethical review of hESC FP7 research projects*, Opinion No. 22, 20 June 2007, pkt. III, 6.

<sup>88</sup> Folketingets samling 2002-2003, L 209 (forskning på embryonale stamceller), almindelige bemærkninger, pkt. 5.3.

byder, at befrugtede og ubefrugtede æg, der er udtaget her i landet med henblik på kunstig befrugtning eller forskning, må udføres til udlandet.<sup>89</sup>

Forbuddet mod eksport blev indføjet efter en sag, hvor en dansk kvinde, der var bosiddende i Tyskland, ønskede at udføre sine befrugtede æg til en fertilitetsklinik i Tyskland med henblik på implantation.<sup>90</sup> I denne sag overvejede hverken Ombudsmanden eller lovforarbejderne til det efterfølgende forbud retstilstanden i relation til EU-retten: Man kan i forlængelse af SPUC v. Stephen Grogan<sup>91</sup> argumentere for, at IVF-behandling er en tjenesteydelse, og at det danske forbud dermed udgør en hindring af den fri bevægelighed for tjenesteydelser og tjenesteydelsesmodtagere. For denne fortolkning taler også den britiske sag R v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood [1997] 2 All ER 687, hvor domstolen brugte fællesskabsretten som begrundelse for, at HFEA måtte genoverveje sit forbud mod, at en kvinde måtte udføre sæd fra sin afdøde mand for at få behandling i udlandet, der ikke var tilladt i Storbritannien (idet sæd fra en afdød kun måtte benyttes, hvis mandens skriftlige samtykke forelå).<sup>92</sup>

Om udførselsforbuddet også omfatter stamceller og stamcellelinjer, er tvivlsomt. Hverken forarbejderne til ændringsloven fra 2003 eller Genteknologiudvalgets rapport<sup>93</sup> tager stilling til dette spørgsmål. Vævsloven og den tilhørende bekendtgørelse,<sup>94</sup> der implementerer Vævsdirektivet,<sup>95</sup> finder derimod anvendelse i forhold til distribution af stamceller;<sup>96</sup> men da direktivet kun omfatter celler og væv, som i *kliniske* test anvendes i det menneskelige legeme, og ikke omfatter *in vitro-forskning* eller forsøg i dyremodeller,<sup>97</sup> vil regelsættet således kun finde anvendelse, for så vidt

---

<sup>89</sup> Jf. lovens § 16. I Europarådets recommendation nr. R (79) 5 concerning international exchange and transportation of human substances af 14. marts 1979 er befrugtede og ubefrugtede æg også undtaget for henstillingen om at sikre fri bevægelighed for væv m.m.

<sup>90</sup> Se nærmere Ombudsmanden FOU nr. 277, (j.nr. 1993-974-429).

<sup>91</sup> Se omtalen i kapitel 4.

<sup>92</sup> For en kritik af dommen, hvor hindringer af denne art anses for at være berettiget i henhold til traktatens undtagelsesbestemmelser om offentlig orden, se Deryck Beyleveld & Shaun Pattinson: *Landesbericht Grossbritannien* i Albin Eser, Hans-Georg Koch & Carola Seith (red.): *Internationale Perspektiven zu Status und Schutz des extrakorporalen Embryos*, Baden-Baden, 2007, p. 171-203 (198-199).

<sup>93</sup> Fremtidens teknologier – muligheder og risici, Videnskabsministeriet, 2002.

<sup>94</sup> Bekendtgørelse nr. 879 af 18/08/2006 om kvalitet og sikkerhed ved testning, forarbejdning, konservering, opbevaring, distribution, import og eksport af humane væv og celler.

<sup>95</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/23/EF af 31. marts 2004 om fastsættelse af standarder for kvaliteten og sikkerheden ved donation, udtagning, testning, behandling, præservering, opbevaring og distribution af humane væv og celler.

<sup>96</sup> Det fremgår af direktivets 7. betragtning, at direktivet også bør finde anvendelse på embryonale stamceller.

<sup>97</sup> Jf. direktivets 11. betragtning.

angår stamcellelinjer, der er klassificeret som egnet til klinisk brug og agtes anvendt hertil. Da den embryonale stamcelleforskning på det nuværende udviklingstrin er langt fra kliniske forsøg, vil der således altid være tale om stamcellelinjer, der er klassificeret som *research grade*.<sup>98</sup> Spørgsmålet om eksport er således ikke omfattet af EU-retten på nuværende tidspunkt.<sup>99</sup> Det er som nævnt tvivlsomt, om befrugtningens forbud mod eksport også omfatter stamceller og stamcellelinjer. Derudover er det usikkert om den videnskabetiske komité skal give tilladelse til en eventuel deponering af stamcellelinjer i en stamcellebank;<sup>100</sup> Som tidligere nævnt er der i en cirkulæreskrivelse fastsat krav om, at et projekt, der involverer forskning i stamcellelinjer, skal godkendes i hvert enkelt led, men i hvilket omfang dette også gælder ved eksport, er usikkert. I øvrigt er det en betingelse for adgang til og deponering af stamcellelinjer i banken, at såvel britisk som dansk lovgivning iagttages, ligesom bankens *Code of Practice* skal overholdes.<sup>101</sup>

Spørgsmålet om eksport af stamcellelinjer kan forventes at få en vis praktisk betydning, og lovgiver bør således tage stilling til dette spørgsmål, hvor hensynet til, at stamcellelinjerne underkastes samme betingelser (beskyttelse) ved anvendelse i udlandet, må afvejes over for hensynet til, at deponering af stamcellelinjer i en udenlandsk eller international bank eller øvrig udveksling af stamcellelinjer mellem forskellige forskergrupper på tværs af nationale grænser dels fremmer en solidarisk<sup>102</sup> anvendelse af forskningsresultater, som vil kunne forkorte vejen fra forskning til klinisk behandling, og dels må anses for at være en del af forskningens fri bevægelighed.

### **5.7. Etisk forbehold?**

Selvom kunstig befrugtning behandling – og den forskning, der blev muliggjort på baggrund af denne teknik, herunder stamcelleforskning – indebærer

---

<sup>98</sup> Alle 8 stamcellelinjer, der på nuværende tidspunkt er tilgængelige via UK Stem Cell Bank, er således klassificeret som *research grade*. Derudover er mere end 30 stamcellelinjer ved at gennemgå deponeringsproceduren. Se stamcellekataloget på <[www.ukstemcellbank.org.uk](http://www.ukstemcellbank.org.uk)> /sep. 2007.

<sup>99</sup> Det europæiske register indsamler således også kun data om de stamcellelinjer, der har indgået eller aktuelt indgår i EU-finansieret forskning, men indsamler ikke stamcellelinjerne som sådan i en biobank.

<sup>100</sup> Den Centrale Videnskabetiske Komité har oplyst, at den på nuværende tidspunkt ikke har været forelagt spørgsmål om eksport.

<sup>101</sup> Code of Practice, pkt. 8.2.

<sup>102</sup> Jf. John Harris' ”fairness”-princip og Beauchamp & Childress' ”justice”-princip, nævnt i afsnit 3.1.

ødelæggelse af befrugtede æg, findes der ikke i befrugtningsloven mulighed for, at faggrupper, der er involveret i stamcelleforskning, kan tage et etisk forbehold. Denne mulighed findes som tidligere nævnt i sundhedslovens § 102, for så vidt angår abortindgreb.<sup>103</sup>

International Society for Stem Cell Research anbefaler i sine *Guidelines for the Conduct of Human Embryonic Stem Cell Research*,<sup>104</sup> at

Scientific trainees and technical staff who have a conscientious objection to aspects of stem cell research should not be required to participate in research, and should be free of retribution or undue discrimination in assessments of professional performance. Clinical personnel who have a conscientious objection to stem cell research should not be required to participate in providing donor information or securing donor consent for research use of embryos, gametes, or somatic cells; that privilege should not extend to the clinical care of a donor.

I Storbritannien giver the Human Fertilisation and Embryology Act 1990 mulighed for at tage et etisk forbehold på alle områder, der er reguleret i loven.<sup>105</sup>

I Danmark blev spørgsmålet om et etisk forbehold i forbindelse med stamcelleforskning rejst af Dansk Laborant Forening,<sup>106</sup> der under lovfor-slagets behandling rettede henvendelse til sundhedsministeren og søgte foretræde for Sundhedsudvalget med henblik på at blive ligestillede med læger og sygeplejersker på abortområdet. I Sundhedsudvalgets betænk-ning<sup>107</sup> forholdt man sig ikke til spørgsmålet, mens ministeren anførte, at forskning på stamceller efter hans opfattelse ikke kunne sammenlignes med medvirken til svangerskabsafbrydelse. Spørgsmålet må løses inden for de almindelige arbejdsretlige regler, idet ministeren anfører, at han har tillid til, at man i de institutioner, hvor stamcelleforskning udøves, i praksis vil finde en løsning, såfremt en laborant af personlige grunde ikke ønsker at medvirke til sådan forskning, uden at den pågældendes ansættelsesforhold herved berøres.<sup>108</sup> Denne holdning til spørgsmålet er i øvrigt i overensstem-melse med holdningen i 1989, hvor det daværende mindretal i forbindelse

---

<sup>103</sup> Jf. nærmere kapitel 4.

<sup>104</sup> Jf. pkt. 5.4.

<sup>105</sup> Jf. section 38 (1): No person who has a conscientious objection to participating in any activity governed by this Act shall be under any duty, however arising, to do so.

<sup>106</sup> Se L 209 – bilag 16, <[www.ft.dk/img20021/udvtilag/lib7/20021\\_17957.pdf](http://www.ft.dk/img20021/udvtilag/lib7/20021_17957.pdf)>.

<sup>107</sup> Betænkning over L 209 afgivet af Sundhedsudvalget den 14. maj 2003.

<sup>108</sup> Indenrigs- og sundhedsministerens besvarelse af spørgsmål nr. 11 (L209 – bilag 17), som Sundhedsudvalget har stillet den 30. april 2003, jr.nr. 2003-16612-6.

med udvidelsen af det etiske forbehold ved abortindgreb som tidligere nævnt mente, dette spørgsmål bedst kunne løses administrativt.

Det befrugtede ægs etiske status og laboranternes ønske om at blive lige-stillet med læger og sygeplejersker, der i forbindelse med abort er tillagt ret til et etisk forbehold, har altså ikke på dette punkt foranlediget en retlig imødekommelse heraf.

### **5.8. Straffebestemmelser**

Befrugtningsloven indeholder straffebestemmelser for overtrædelse af lovens rammer og betingelser for forskning,<sup>109</sup> ligesom komitéloven giver mulighed for at pålægge strafansvar, hvis projekter er iværksat i strid med loven eller i strid med de meddelte vilkår.<sup>110</sup> I begge tilfælde kan der straffes for forsætlig og uagtsom overtrædelse af loven med bøde eller fængsel indtil 4 måneder, ligesom de almindelige regler for lægers ansvar og straffeloven tillige finder anvendelse.

Som nævnt i kapitel 4 er der, for så vidt angår abort, knyttet, forskellige strafferammer (fængsel i indtil 2-4 år) til forskellige gerningsindhold, ligesom der skelnes mellem læger og lægpersoner uden sundhedsfaglig kompetence. Befrugtningsloven retter sig også i hovedsagen mod læger, forskere og deres medhjælpere og ikke mod eksempelvis donorer. Befrugtningsloven skelner dog ikke mellem forskellige gerningsindhold. Uanset om en forsker holder det befrugtede æg i live i mere end 14 dage, foretager terapeutisk kloning eller på anden måde benytter æg, der ikke er opnået lovligt, er strafferammen den samme. Kønsceller og befrugtede æg tildeles således i dette lys samme status, idet begge er egnede til at bruge til formål, som loven forbyder.

Lovgivningen signalerer dog også, at det befrugtede æg ændrer afgørende status *efter* implantationen, idet strafferammen for ulovlige abortindgreb er betydelig højere end for ulovlig forskningsbrug af befrugtede æg.

## **6. En alternativ reguleringsmodel: stamcelleforskning i britisk ret**

Som tidligere nævnt var man i Storbritannien ganske hurtig til at overveje, hvordan man skulle håndtere den IVF-teknik, som var opfundet og med held benyttet af de to britiske forskere, biologen Robert Edwards og gynækologen Patrick Steptoe, til at skabe verdens første ”reagensglasbarn”.

---

<sup>109</sup> Befrugtningslovens § 29.

<sup>110</sup> Komitélovens § 29.



Warnock-rapporten overvejede således en bred vifte af fremtidsscenarier, der kunne følge i kølvandet på de muligheder, IVF-teknikken havde åbnet for. Rapportens ambition var at levere den etiske og juridiske struktur, der var nødvendig for at håndtere disse muligheder.

Selvom rapporten blev aflagt i 1984, vedtog det britiske parlament først *The Human Fertilisation and Embryology Act* i 1990. Et lovforslag<sup>111</sup> havde dog været stillet og behandlet flere gange, uden at politikerne kunne opnå enighed, fx om hvorvidt forskning på befrugtede æg skulle tillades eller forbydes.<sup>112</sup> Da loven omsider blev vedtaget, var det med bred enighed og opbakning, idet lovforslaget på flere punkter indeholdt bestemmelser formuleret i to alternative varianter, uden at den restriktive variant blev vedtaget.<sup>113</sup> Loven indeholdt således langt de fleste af de anbefalinger, som Warnock-komitéen havde anbefalet. Til forskel fra Danmark ventede man altså med at vedtage loven, indtil der var opnået enighed om eller accept af grundlæggende retlige principper og fundamentale etiske værdier.<sup>114</sup> Det betød også, at loven var langtidsholdbar, idet man i vid udstrækning havde overladt kompetencen til at vurdere nye teknikker og teknologier til et administrativt organ, The Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA), som bl.a. også efter ansøgning giver licens til konkrete stamcelleforskningsprojekter, og fører tilsyn med vilkårene for disse ved halvårslige inspektioner. De retlige rammer er således baseret på en række rammebestemmelser og grundlæggende principper, som derefter udfyldes af HFEA. Nye teknikker eller ny forskning vurderes således af dette organ med henblik på at fastslå, om der er tale om områder, der er reguleret i loven eller efter lovens principper anses for at falde under den eksisterende

---

<sup>111</sup> The Unborn Children (Protection) Bill fremsat i 1985 og 1986. Under behandlingen af disse lovforslag var der umiddelbart flertal for at forbyde forskning på befrugtede æg, men de nåede ikke at blive vedtaget inden det parlamentariske års udløb.

<sup>112</sup> Michael Mulkay: *The Triumph of the Pre-Embryo: Interpretations of the Human Embryo in Parliamentary Debate over Embryo Research* i *Social Studies of Science*, Vol. 24, No. 4 (Nov., 1994), p. 611-639 (612-613).

<sup>113</sup> Se nærmere Michael Mulkay: *Rhetorics of Hope and Fear in the Great Embryo Debate* i *Social Studies of Science*, Vol. 23, No. 4. (Nov., 1993), p. 721-742 (722). Denne konsensusdannelse er også et af de karakteristika, der kendetegner britiske bioetiske råd, se Søren Holm: *Hvorfor er de så forskellige? Det danske Etiske Råd i international belysning* i Klebens Kappel og Anne Lykkeskov (red.): *Etik i tiden*, København, 2007, p. 185- 194 (191).

<sup>114</sup> Det modsatte synspunkt anføres af Margaret Brazier: *Regulating the Reproduction business?* i *Medical Law Review*, 7, Summer 1999, p. 166-193 (167), idet hun argumenterer for, at selvom den britiske reguleringsmodel har betydelige fordele og bygger på en grundlæggende konsensus, så er prisen en manglende begrebsmæssig dybde. Som jeg vil vende tilbage til i kapitel 8, har den britiske praksis siden, efter min opfattelse, demonstreret en betydelig begrebsmæssig dynamik.

regulering. Denne kombination af retlige principper og kompetence overladt til et administrativt organ formidler stamcelleforskning som en ønskelig praksis, der dog må undergives kontrol og sikrer en retlig ramme, der i høj grad er dynamisk og tidssvarende.

Stamcelleforskning kan i Storbritannien udføres på æg, der er til overs fra kunstig befrugtning behandling, eller på æg, der er skabt udelukkende med henblik på forskning, herunder også æg, der er skabt ved terapeutisk kloning. Det er tilladt for alle kvinder at donere æg specifikt til forskning, ligesom kvinder, der er i fertilitetsbehandling, må tilbydes billigere behandling mod donation af æg. Dette er dog ikke ensbetydende med, at britiske forskere kan skabe lige så mange forskningsembryoer, som de har lyst til.

Siden lovens vedtagelse og frem til 1999 blev 118 embryoer skabt specielt til forskning, 53.000 overskydende æg blev doneret til forskning af par, der havde været i fertilitetsbehandling, og 250.000 overskydende æg blev destrueret som følge af lovens krav om frysetid og efterfølgende destruktion/donation.<sup>115</sup>

Skabelsen af embryoer *in vitro* kræver en tilladelse (*licence*) fra HFEA, som bl.a. vurderer, om skabelsen eller brug af embryoer er *nødvendig*, og om projektet falder inden for området af tilladt forskning, dvs. at opnå viden eller behandlingsmuligheder for alvorlige sygdomme.<sup>116</sup> Som led i HFEA's behandling af ansøgningen undergives forskningsprojektet en *peer-review*, der netop skal vurdere, om disse to betingelser er opfyldt. Derudover skal forskningsprojektet også godkendes af en videnskabsetisk komité, og der skal foreligge et informeret samtykke fra donorerne.

I maj 2007 fremsatte regeringen et lovforslag *The Human Tissue and Embryos Bill*,<sup>117</sup> som skal afløse *The Human Fertilisation and Embryology*

---

<sup>115</sup> Se nærmere "Egg & Embryo Usage" i "A long term analysis of the HFEA Register data" på <www.hfea.gov.uk> og Emily Jackson: *Medical Law – Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 786. At der føres opgørelser over brugen af embryoer afspejler, at der i det britiske system føres streng kontrol med de IVF-relaterede teknologier, selvom reguleringen er mere liberal. Til sammenligning føres der, ifølge oplysning fra Sundhedsstyrelsen, ingen danske opgørelser over, hvor mange befrugtede æg der henholdsvis destrueres eller doneres til forskning.

<sup>116</sup> Jf. Human Fertilisation and Embryology (Research Purposes) Regulations 2001, sec. 2 (1)-(2), som blev udstedt på baggrund af hjemmel i 1990-loven til at tillade yderligere forskningsformål. Derudover er embryoforskning i medfør af Human Fertilisation and Embryology Act 1990 schedule 2 (3) mulig for at forbedre fertilitetsbehandling og præventionsmetoder, opnå viden om medfødte sygdomme og årsager til spontan abort og udvikle metoder til at diagnosticere befrugtede æg.

<sup>117</sup> Human Tissue and Embryos (Draft) Bill, Department of Health, 2007.

*Act* for at fastholde Storbritanniens ledende position og sikre de retlige rammer for fremtidens teknologier.<sup>118</sup> Lovforslaget er i høring og ventes at blive vedtaget i indeværende parlamentariske år, og medfører en række ændringer, der har betydning for stamcelleforskning.

For det første tillades tre kategorier af menneske/dyre embryoer, som forskere efter ansøgning kan få tilladelse til at frembringe af Human Fertilisation and Embryology Authority; det kimære embryo, hvor *celler fra dyr* indsættes i det menneskelige embryo, det menneskelige transgene embryo, hvor *dna fra dyr* indsættes i det menneskelige embryo og den cytoplasmiske hybrid (også kaldet en "cybrid"), som skabes ved at tømme et *dyreæg* for sin kerne, der derved mister sin artsidentitet og i stedet kernetransplanterer en menneskelig kropscelle til "æggeskallen". Dyreægget bruges således som surrogat-æggeskal til at "omprogrammere" den indtransplanterede menneskelige kropscelle til at påbegynde en deling, som om der var tale om et befrugtet æg, hvorved der kan høstes stamceller til brug for forskning. Sande hybrider, hvor æg og sæd fra henholdsvis mennesker og dyr blandes, er dog stadig ikke tilladt.

Forskning på denne nye type embryoer må pågå i op til 14 dage, og det er forbudt at implantere dem i en kvindes livmoder. Dette (fremtids-) scenario, som jeg vil vende tilbage til i kapitel 8, vil kunne afhjælpe den mangel på æg, som stamcelleforskningen hindres af. Denne mangel på menneskelige æg vil i øvrigt formentlig stige som følge af lovforslagets nye bestemmelser om frysetid, idet frysetiden hæves fra 5<sup>119</sup> til 10 år. På den måde vil parrene bedre kunne udnytte overskydende æg fra kunstig befrugtning behandling til at få flere børn, og bestemmelsen kan dermed medføre, at der er færre overskydende æg tilgængelige for forskning.

Den britiske lovgivningsmodel indeholder således nok bestemmelser, der er mere liberale end de danske, men de enkelte forskningsprojekter er på den anden side undergivet såvel videnskabelig som videnskabsetisk bedømmelse samt undergivet løbende tilsyn og kontrol af en specialiseret og kompetent myndighed som led i den tilladelsesmodel, som den britiske lovgivning bygger på. Denne model har i særlig grad været langtidsholdbar, fordi den baserer sig på en konsensus eller accept af grundlæggende principper. Måske netop som en konsekvens af denne enighed om grundlæggende retlige principper og etiske værdier har det ikke i samme grad været nødven-

---

<sup>118</sup> Se Human Tissue and Embryos (Draft) Bill, Department of Health, 2007, p. V.

<sup>119</sup> I særlige tilfælde kan befrugtede æg fryses i længere tid. Dette er fx tilfældet, hvis der er risiko for præmatur infertilitet, idet nedfrysning dog ikke kan fortsætte, efter at den kvinde, der bliver behandlet, er fyldt 55 år.

digt at overveje, om nye teknologier var en glidebane mod rædselsscenarier, hvor forskningen ”løber løbsk”. Biologi og lægevidenskab er tværtimod blevet formidlet af lovgiver som innovative og ønskelige forskningsområder. Den retlige udvikling har således i højere grad end i Danmark været fokuseret og haft videnskab, forskning og sygdomsbehandling som sit tema, men indenfor de normative værdier, som loven oprindeligt opstillede.

## 7. Opsamling

Embryoet kan overordnet klassificeres i kategorierne *in vivo* og *in vitro*. Mens der ikke gælder særlige regler for det befrugtede æg *in vivo* indtil det tidspunkt, hvor det planlægges i kvindens livmoder,<sup>120</sup> er der som belyst i dette kapitel omfattende retlige implikationer knyttet til kategorien *in vitro*.

I fertilitetsklinikken kan befrugtede æg *in vitro* således blive nyklassificeret i en række kategorier.

For det første bliver æg med *manglende livsduelighed* umiddelbart frasorteret på baggrund af biologiske kriterier. Det har den retlige implikation, at æggene ved den efterfølgende bortskaffelse kategoriseres som *klinisk risikoaffald*. Denne status som affald er begrundet i såvel en håndterings- som en sundhedsmæssig risiko.

De resterende befrugtede æg kan herefter undergives en nærmere diagnostisk undersøgelse, og på den baggrund kan de æg, der har væsentlige kromosomafvigelser eller arveanlæg for en alvorlig arvelig lidelse, kategoriseres som *syge*. Det afgørende for kategoriseringen som *syg* er knyttet til en lægefaglig vurdering, og kvinden eller parret har ikke mulighed for at råde over de syge æg i fertilitetssammenhæng. De syge æg skal således enten destrueres som klinisk risikoaffald eller doneres til forskning med parrets samtykke. I forskningslaboratoriet kan den kliniske status som risikoaffald transformeres til en forskningsmæssig status som et *værdifuldt forskningsobjekt* i grundforskning og udvikling af sygdomsbehandlinger.

Er der flere befrugtede æg, end der er behov for i det aktuelle behandlingsforsøg, kategoriseres de overtallige æg som *overskydende*. Denne kategorisering er knyttet til en lægefaglig vurdering, idet der også i loven er fastsat vejledende bestemmelser om, hvor mange befrugtede æg der må opsættes i en behandlingscyklus. På denne baggrund skaber loven også kategorien ’overskydende’. Disse skal enten destrueres som klinisk risikoaffald,

---

<sup>120</sup> Se nærmere kapitel 4 om sondringen mellem prævention og svangerskabsafbrydelse.

nedfryses i op til 5 år med henblik på et senere behandlingsforsøg eller doneres til forskning.

Kravet om, at stamcelleforskning i dansk ret kun må foregå på befrugtede æg, der er i overskud fra kunstig befrugtning behandling, kategoriserer embryoet med en særegen status, der på én gang er knyttet til potentialet til at blive til et barn og til dets potentiale som regenerativ medicin. Lovgivningen er på den ene side med til at skabe forskningsembryoer gennem krav om destruktion og udløb af frysetid, mens forskning i embryonale stamceller på den ene side underlagt andre betingelser end andre humane celler og væv. Forskning på og håndtering af befrugtede æg er således underlagt betydelig regulering sammenlignet med eksempelvis væv fra aborterede fostre, som ikke er undergivet nævneværdig regulering.

Reguleringen af forskning på befrugtede æg har udspillet sig i forskellige sammenhænge, hvor omdrejningspunktet skiftevis har været regulering af biomedicinsk forskning og regulering af fertilitetsbehandling.<sup>121</sup> Spørgsmålet om fosterets etiske status havde en fremtrædende betydning, første gang der blev lovgivet om forskning på befrugtede æg, men reguleringen har siden udviklet sig på en måde, hvor pragmatiske hensyn står i forgrunden.

Samtidigt sikres embryoet en grundlæggende respekt, eksempelvis gennem krav om godkendelse af biomedicinske forsøg på embryoer i det videnskabsetiske komitéssystem og gennem 14-dages-grænsen. Den grundlæggende sondring mellem befrugtede æg in vivo og in vitro søges således nedbrudt på 14. dagen, idet denne grænse, der bl.a. begrundes med henvisning til implantationstidspunktet netop, sikrer, at det befrugtede æg in vitro kun kan forblive i in vitro-kategorien indtil det tidspunkt, hvor det tilsvarende in vivo-æg kategoriseres som et foster(anlæg).<sup>122</sup> I tiden fra befrugtningen og indtil 14. dagen sikrer den videnskabsetiske vurdering af forskningsprojekter og befrugtningslovens rammer for tilladte forsøg, at det befrugtede æg ikke kan benyttes som forskningsobjekt i enhver sammenhæng. At blive kategoriseret som befrugtet æg har således i denne sammenhæng den betydning, at ”konceptionsproduktet” har status som noget *mere* og andet end

---

<sup>121</sup> Mette Hartlev: *Legitimering af stamcelleforskning – samspil mellem lovgivning og teknologi* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, København, 2007, p. 45-66 (64-65).

<sup>122</sup> De nærmere retlige implikationer af at blive kategoriseret som et foster indebærer bl.a. som belyst i kapitel 5, at fosteret værnes via sin tilstedeværelse i kvindens krop gennem kvindens rettigheder.

en *ting* eller andre menneskelige *celler*, men også som noget *mindre* og andet end en *person*.

Som tidligere nævnt blev det allerede anført i forarbejderne til ændringsloven af 2003, at det muligvis ville blive nødvendigt at acceptere forskning på kernetransplanterede embryoer, og dermed tage forbehold for Bioetikkonventionens art. 18.<sup>123</sup> Den begrænsning af forskningen, der blev vedtaget, og som udelukkende tillod brug af overskydende æg, blev knyttet til, at forskerne klart havde tilkendegivet at dette ville være tilstrækkeligt til at dække forskningens behov. Hensynet til sygdomsbehandling er således allerede blevet imødekommet som en faktor, der kan veje tungere end det befrugtede ægs etiske status, hvilket netop ses i villigheden til at overveje at tillade fremstilling af embryoer ved kernetransplantation på et senere tidspunkt. Samtidig giver lovgivningen ikke mulighed for, at forskere og laboranter kan tage etisk forbehold på dette område, hvilket er med til at tildele det befrugtede æg *in vitro* en anden og lavere status end det *implanterede* befrugtede æg (fosteret).

Den menneskeretlige ramme for stamcelleforskning giver også plads til denne forening af pragmatisme og grundlæggende beskyttelsesgarantier, idet den menneskeretlige ramme især er optaget af den proces, hvor kategoriseringen af det befrugtede æg forhandles.

Som påpeget er en yderligere liberalisering af stamcelleforskningen nærliggende i fremtiden i forlængelse af den pragmatisme, der har præget reguleringen af embryonale stamceller.<sup>124</sup> Er dette tilfældet, kunne man overveje, om reguleringen af forskning i embryonale stamceller skal finde sted i en tilladelsesmodel frem for den nuværende forbudsmodel. De retlige rammer i Storbritannien bygger netop på en tilladelsesmodel, der tager udgangspunkt i en række grundlæggende principper, og som derfor i særlig grad er i stand til at følge med den teknologiske udvikling. Den britiske models styrke må mere grundlæggende anses for at være knyttet til en enighed eller accept af, hvilken etisk og retlig status det befrugtede æg har.<sup>125</sup> Herved håndteres nye teknologier inden for en begrebsverden, der allerede er udviklet, og

---

<sup>123</sup> Efter art. 36 synes forbehold kun at kunne tages i forbindelse med underskrivning og ratificering. I lyset af art. 37 er det dog tvivlsomt, om art. 36 må fortolkes udtømmende, hvorfor et efterfølgende forbehold må antages at være muligt.

<sup>124</sup> Mette Hartlev: *Legitimering af stamcelleforskning – samspil mellem lovgivning og teknologi* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, København, 2007, p. 45-66 (65).

<sup>125</sup> Derudover har de britiske retlige rammer, som jeg vil vende tilbage til i kapitel 8, også den styrke, at de i udpræget grad har en begrebsmæssig dynamik.

## *Kapitel 7*

lovgivningen drives frem i teknologiens eget perspektiv på baggrund af konkrete forskningsformål frem for at være knyttet til en bredere regulering af fertilitetsbehandling, som i Danmark.

## Kapitel 8

### Konklusion og fremtidsperspektiver

*”Mens han således stod og lænede sig imod inkubatorerne, gav han dem en kort beskrivelse af den moderne befrugtningsproces”*

Aldous Huxley: Fagre nye verden, kap. 1

#### 1. Præsentation og plan for kapitlet

I denne afhandling har jeg undersøgt den retlige kategorisering af fosteret inden for en række bioretlige felter, herunder afdækket, hvilke faktorer der er med til at normere fosterets retlige position og belyst hvordan kategoriseringen af fosteret skabes i en afvejning i forhold til modstående rettigheder og interesser. Det blev også afdækket om biologiske og etiske kategoriseringer har betydning for den retlige kategorisering, og i hvor høj grad der er overensstemmelse mellem disse forskellige kategoriseringer.

Denne afdækning tog afsæt i et bredere rettighedsbegreb. Baggrunden herfor var, at det eksisterende personretlige begrebsapparat efter min opfattelse ikke kan opfange den særegne plads, som det menneskelige foster indtager i retten.

I dette afsluttende kapitel vil jeg sammenfatte analysen ved at pege på de parametre, der har betydning for kategoriseringen af fostre og befrugtede æg, samt skitsere, hvilke udfordringer fremtiden bringer for den måde, fosterets status anskues på i dag, og derved problematisere det traditionelle personretlige udgangspunkt.

#### 2. Om kategoriseringen af fostre og befrugtede æg

##### 2.1. De tre hovedkategorier

De emnefelter, som analysen i kapitel 4-7 behandler, var struktureret på baggrund af de kategorier, der umiddelbart opereres med i biologisk terminologi, og som også genfindes i den retlige regulering af livets start. Fostre og befrugtede æg kan således umiddelbart placeres i hovedkategorierne *in vitro*, *in vivo* og *ex vita*. Kategorierne konstitueres hovedsageligt af biologi-



## Kapitel 8

ske begivenheder, således knyttes *in vitro* kategorien til befrugtningen og *in vivo*-kategorien til implantationen, mens *ex vita*-kategorien, for så vidt angår fostre kombinerer det lægefaglige kriterium om fravær af livstegn med den normativt fastsatte grænse på 22 uger og for så vidt angår befrugtede æg kan knyttes til en lægefaglig vurdering af cellernes kliniske eller forskningsmæssige værdi.

### 2.1.1. *In vivo*

Kategorien *in vivo* er en af de kategorier, som både fosteret og det befrugtede æg placeres i.

Det afgørende for om konceptionsproduktet i retlig forstand betragtes som et befrugtet æg *in vivo* eller et foster *in vivo*, er den biologiske og lægevidenskabelige definition af et svangerskab.

Det befrugtede æg, der befinder sig i kvindens krop, er ikke undergivet retlig regulering, for så vidt angår indgreb eller handlinger, der afbryder dets videre udvikling. Kvinden kan frit benytte lægemidler eller medicinsk udstyr, der forhindrer, at det befrugtede æg implanterer sig i hendes livmoder. Kvinden kan således købe fortrydelsespiller i håndkøb på apoteket, ligesom hun frit i samråd med sin læge kan benytte medicinsk udstyr, som fx spiralen, der forhindrer, at det befrugtede æg kan sætte sig fast i livmoderen, og derfor går til grunde.

Efter implantationen foreligger der derimod et svangerskab, hvilket betyder, at konceptionsproduktet nu kategoriseres som et foster/fosteranlæg *in vivo*. Dette har en vifte af retlige implikationer.

For det første er lægen forpligtet til at være opmærksom på, om der er et foster til stede i kvindens krop. Denne beskyttelse af fosteret kan man især knytte til kvindens sundhed og reproduktive autonomi, således at hun ikke udsættes for behandling, undersøgelser eller indgreb, der kan skade hendes foster. Men der er også et selvstændigt hensyn til det kommende barns sundhed, således kan barnet være berettiget til erstatning for skader påført i fosterstadiet i forbindelse med lægelig virksomhed eller biomedicinske forsøg.

I takt med *in vivo*-fosterets alder bliver kvindens selvbestemmelsesret indskrænket på forskellig vis. At der findes retlig regulering af svangerskabsafbrydelse, signalerer, at fosteret *in vivo* nu har status som noget andet og mere end blot et biologisk appendiks til kvinden i den forstand, at et indgreb, der har til hensigt at afbryde svangerskabet, må opfylde særlige betingelser.

De første 12 uger har hun ret til at afbryde svangerskabet. I denne kontekst har fosteret *in vivo* ikke en sådan status, at det kan tilsidesætte kvindens selvbestemmelsesret. Grænsen på 12 uger er dog ikke udtryk for, at Folketinget har taget udtrykkelig stilling til, om fosteret har en mere tungtvejende etisk status efter dette tidspunkt, idet grænsens berettigelse blev baseret på en medicinsk risikovurdering foretaget på baggrund af datamateriale fra midten af 1960'erne. I den forstand er grænsen et eksempel på, at man klynger sig til biologiske argumentationer som en måde at undgå svære værdivalg på. Men andre mekanismer i reguleringen signalerer, at det normative også spiller en rolle for kategoriseringen af fosteret. Betoningen af tidsfaktoren, hvorefter sagsbehandlingen så vidt muligt skal mulliggøre, at abortindgrebet kan udføres tidligst muligt, afspejler en gradueret og stigende etisk status for fosteret. Ved sene aborter signalerer lovgivningen også, at der i dette tilfælde skal vurderes andre hensyn end det rent medicinske, idet den behandlende læge i de fleste tilfælde skal indbringe anmodningen om abort til det regionale abortsamarbejde.

Hensynet til kvinden vægtes også højest, hvis et abortindgreb er nødvendigt af hensyn til kvindens liv eller helbred. I dette tilfælde kan lægen således afbryde svangerskabet når som helst i graviditeten uden at søge en særlig tilladelse. Det betyder, at fosteret kan kategoriseres som et biologisk appendiks eller som noget, der er underordnet kvinden, hvis det indgår i en behandlingsmæssig kontekst af kvinden. I øvrige tilfælde kræver et abortindgreb efter udgangen af 12. svangerskabsuge en tilladelse fra det regionale abortsamarbejde. Afhængigt af i hvilken kategori fosteret klassificeres, dvs. under hensyntagen til hvor gammelt fosteret er og hvilke hensyn der er på spil, skal der generelt stadig mere tungtvejende grunde til, før svangerskabet kan afbrydes.

Mens *in vivo*-fosteret altså har en stadig mere tungtvejende status i relation til indgreb, der afbryder dets videre udvikling, genfindes denne status ikke nødvendigvis i andre kontekster. Det er således kun i forbindelse med *afbrydelse*, men ikke i forbindelse med *fortsættelse* af graviditeten, at kvinden mødes af regulering, der indskrænker hendes selvbestemmelsesret.

*In vivo*-kategorien indeholder dog, som jeg vil uddybe senere nedenfor, en lang række underkategorier, som hver især giver fosteret en forskellig status.

### *2.1.2. In vitro*

Kategorien *in vitro* er en kategori, der er opstået på baggrund af de teknologiske udviklinger, hvorefter det befrugtede æg nu kan skabes og gøres til

genstand for diagnostik og forskning i et kunstigt miljø uden for kvindens krop.

Det befrugtede æg in vitro har ikke mulighed for at opnå beskyttelse via kvinden, fordi det befinder sig uden for hendes krop. Dette afspejler sig i den status, der knytter sig til kategorien in vitro. Forskning på befrugtede æg er eksempelvis undergivet betydeligt mere detaljeret regulering sammenlignet med forskning på fostre in vivo eller forskning på væv eller celler fra abortmateriale. På den anden side er de retlige rammer også med til at sikre, at de befrugtede ægs videnskabelige potentiale kan nyttiggøres.

Inden for in vitro-kategorien findes en række underkategorier, som befrugtede æg efter omstændighederne kan omklassificeres i. Embryoet in vitro bevæger sig således i et felt, hvor dets retlige status i særligt grad knyttes til dets værdi i henholdsvis fertilitetsbehandling eller forskning.

### 2.1.3. *Ex vita*

Kategorien *ex vita* er en kategori, som både døde fostre og kasserede befrugtede æg kan placeres i.

Befrugtede æg, som ikke længere bruges i behandlings- eller forskningsmæssig sammenhæng, skal destrueres som klinisk risikoaffald. Dette skyldes både, at de dyrkningsskåle og strå, der opbevarer de befrugtede æg på grund af skår kan udgøre en håndteringsmæssig risiko ved bortskaffelse, og at dyrkningsskålene indeholder follikel- og blodholdige væsker, som kan udgøre en sundhedsmæssig fare ved bortskaffelse.

Aborterede fostre kategoriseres, medmindre kvinden anmoder om nedgravning, som klinisk risikoaffald – ikke på grund af, at vævet udgør en håndterings- eller smitemæssig fare, men af hensyn til det ubehag andre mennesker ville kunne føle, hvis ikke vævet ved bortskaffelsen bliver brændt til ugenkendelighed.

Der er dog mulighed for, at sygehuset i stedet for at bortskaffe vævet kan indsamle, opbevare og videregive hele eller dele af vævet uden samtykke. Dette skyldes, at vævet først kategoriseres som risikoaffald, i det øjeblik sygehuset ønsker at bortskaffe vævet. I dette tilfælde gælder der således langt færre restriktioner end for befrugtede æg. Sidstnævnte *skal* destrueres inden for 14 dage efter befrugtningen, og videregivelse til forskning kræver et informeret samtykke. Fostervæv kræver derimod først samtykke fra kvinden, i det øjeblik vævet bruges til forskning, behandling eller i kommercielt øjemed. Efter omstændighederne er der ved forskningsmæssigt brug endog

mulighed for, at den videnskabsetiske komité kan dispensere fra samtykkekravet, såfremt forskningen anses for at være biobankforskning på materiale, der er identisk med kvinden.

Et foster kategoriseres som et dødfødt barn, hvis det aborteres eller fødes efter udgangen af 22. uge. Denne kategorisering har retlige implikationer på flere områder. For det første skal fødslen registreres, der er ret og pligt til begravelse, forældrene kan modtage ydelser i forbindelse med barsel og begravelse, ligesom det juridiske faderskab kan fastslås.

I forbindelse med indsamling, opbevaring og øvrig behandling af væv kategoriseres det dødfødte barn som en person med den virkning, at persondataloven finder anvendelse for behandling af vævet. Ligeledes skal forældrene i medfør af sundhedslovens bestemmelser om transplantation og hospitalsobduktion give samtykke til indgreb. Den døde fosterkrop har således i denne kontekst samme status som en afdød person.

## **2.2. Parametre for den retlige kategorisering**

Som jeg har belyst i afhandlingens analysedel, kan der inden for de tre ovennævnte hovedkategorier identificeres en vifte af kategorier, som fostre og befrugtede æg bevæger sig inden for. I den forstand håndterer retten fostre og befrugtede æg på forskellig vis, selvom der ikke i personretten er grundlag for at sondre mellem det befrugtede ægs og det levedygtige fosters status.

I dette afsnit vil jeg sammenfatte de kategorier, som fostre og befrugtede æg placeres i. Sammenfatningen kan struktureres med udgangspunkt i de *parametre*, der har betydning for, hvordan fostre og befrugtede æg kategoriseres i retten. Parametrene er undertiden overlappende, ligesom den retlige kategorisering kan være bygget op omkring et eller flere af disse parametre i forening.

### *2.2.1. Biologisk potentialitet*

Det første parameter, der har betydning for den retlige kategorisering, er fosterets og det befrugtede ægs biologiske potentiale for liv.

Befrugtede æg placeres på baggrund af deres biologiske potentiale for liv i kategorier, der siger noget om deres *fertilitetspotentiale*. De befrugtede æg kan således klassificeres kvalitativt som befrugtede æg med og uden fertilitetspotentiale. De retlige implikationer af denne kategorisering er betydelige. Klassificeres et befrugtet æg som et æg *med* fertilitetspotentiale, omfattes det af en retlig beskyttelse i relation til spørgsmålet om dets egnethed.

Klassificeres det derimod som et befrugtet æg *uden* fertilitetspotentiale, bliver det nykategoriseret som klinisk risikoaffald, medmindre det har en sådan videnskabelig potentialitet, at klinikken beder parret tage stilling til, om det befrugtede æg kan doneres til forskning, og det på den baggrund nykategoriseres som et værdifuldt forskningsobjekt.

Fostre med biologisk potentiale for liv kategoriseres i kategorierne *levedygtig* og *ved at blive født*. For fosteret har det betydelige retlige implikationer at blive klassificeret i disse kategorier. Det levedygtige foster må således kun ganske undtagelsesvis aborteres ved et provokeret indgreb, ligesom det foster, der er ved at blive født, har en så tungtvejende status, at kvindens rettigheder i fødselssituationen tilpasses de akutte omstændigheder, som eksempelvis vil omgive et akut kejsersnit, der har til hensigt at redde fosteret.

I perioden mellem fosteret opnår levedygtighed og indtil det tidspunkt, hvor det er ved at blive født, har det dog i alle andre kontekster ikke denne tungtvejende status. Et uforsvarligt eller fejlagtigt lægeligt indgreb, der medfører, at fosteret efterfølgende må aborteres, eller et overfald på kvinden, der medfører fosterets død, betragtes således ikke som uagtsomt drab. Der kan heller ikke stilles særlige krav til kvinden i denne periode, ligesom der ikke kan gribes ind til fordel for eller af hensyn til fosteret ved sultestrejke, fravalg af behandling eller misbrug.

Et foster med biologisk potentiale for liv kan dog også kategoriseres som *overtalligt* i forbindelse med flerfoldsgraviditeter. Når et foster kategoriseres som overtalligt (uden samtidigt at blive kategoriseret som sygt), er fosteret biologisk livsdueligt og egnet i helbredsmæssig forstand. Det er således ikke egenskaber ved fosteret som sådan, der kategoriserer det som overtalligt. Det er snarere det samlede antal fostre, der i forening udgør en risiko for skade af et eller flere af fostrene. I dette tilfælde kan der udføres fosterreduktion af hensyn til at sikre, at graviditeten som sådan ikke går til grunde, eller at de tilbageværende fostre ikke udsættes for skade eller lidelser. Dette kan forklares ud fra en *sanctity of life* doktrin, hvorefter man af hensyn til at sikre liv kan lade et foster gå til grunde for at sikre flere fostres liv og dermed undgå at alle fostrene går til grunde.

I flere sammenhænge gives der også retlige muligheder for, at fosterets biologiske potentiale som en person kan tillægges betydning. I det omfang sundhedspersoner anser fosteret for at være et etisk subjekt med en tungtvejende etisk status kan denne kategorisering tillægges retlig vægt, således at sundhedspersonen kan fritages for at udføre eller medvirke til svangerskabsafbrydelse.

I hvilket omfang reguleringen af svangerskabsafbrydelse kan siges også at være knyttet fosterets potentialitet i biologisk og biografisk forstand er et mere komplekst spørgsmål. På den ene side er der i dansk ret ingen regler om, at abortindgreb skal udføres med en metode, der sikrer mindst smerte for fosteret. I denne kontekst genkendes fosteret således ikke som en biologisk entitet, der skal behandles humanitært. På den anden side kan man knytte rationalet for såvel den overordnede regulering af abort og for levedygtighedskriteriet til fosterets biologiske og biografiske potentialitet til at blive en person. Det biologiske parameter bliver som belyst særlig betydningsfuldt i de kontekster, hvor nogle aktører kan opfatte fosteret som en person.

Der er således som belyst betydelige retlige implikationer knyttet til at blive kategoriseret på baggrund af det biologiske potentiale for liv, idet disse kategorier fungerer som retlige mekanismer, der har til hensigt at *sikre liv*.

### 2.2.2. Egnethed

Egnethed er et parameter, der både kan angå biologiske, lægefaglige, sociale og normative vurderinger og overvejelser.

Befrugtede æg in vitro vurderes først og fremmest på baggrund af deres *biologiske* egnethed. Er de uegnede til at opfylde behandlingens formål (at etablere en graviditet), kasseres eller nykategoriseres de som beskrevet ovenfor.

Både befrugtede æg med fertilitetspotentiale og fostre kan befinde sig i kategorien *måske egnede*. Denne egnethed omhandler for så vidt angår befrugtede æg deres egnethed i en *behandlingsmæssig* kontekst, mens den for så vidt angår fostre omhandler deres *helbredsmæssige* egnethed. Befrugtede æg kan således befinde sig i en måske egnet-kategori, indtil de er blevet undersøgt nærmere ved hjælp af præimplantationsdiagnostik. Udfaldet af denne undersøgelse bliver afgørende for, om det befrugtede æg efterfølgende bliver rekategoriseret som et æg med eller uden fertilitetspotentiale. Fosteret kan også kategoriseres som måske egnet. I forbindelse med de fosterdiagnostiske undersøgelser kan det på baggrund af en risikovurdering klassificeres som måske egnet, hvorefter der efter kvindens ønske kan iværksættes invasive diagnostiske undersøgelser med henblik på at fastslå en egentlig diagnose. Disse undersøgelser indebærer en risiko for spontan abortering af fosteret. I den forstand omfattes fosteret først af den beskyttelse, der sikrer liv, når såvel dets biologiske som sundhedsmæssige egnethed er fastslået.

Såvel fostre som befrugtede æg kan kategoriseres som syge, hvis en diagnostisk kromosomundersøgelse viser en kromosomrelateret lidelse. Derudover

kan fostre kategoriseres som syge, hvis en ultralydsundersøgelse viser misdannelser. I begge tilfælde spiller den lægefaglige diagnostik en afgørende rolle for den retlige kategorisering. De retlige implikationer er dog meget forskellige for henholdsvis fosteret og det befrugtede æg. Mens syge befrugtede æg kan fravælges umiddelbart, kræver fravalg af et sygt foster tilladelse fra det regionale abortsamråd, idet resultatet af de fosterdiagnostiske undersøgelser først foreligger efter det tidspunkt, hvor kvinden frit kan råde over, om graviditeten skal fortsættes eller afsluttes.

Fostre kan endvidere kategoriseres som *"potentielt belastende"*. Denne vurdering af egnethed knytter sig ikke til subjektive egenskaber i fosteret, men snarere til fosterets egnethed til som barn at passe ind i kvindens eller familiens liv, og i endnu højere grad til kvindens eller familiens egnethed til at modtage et barn.

Befrugtede æg in vitro, som på grund af overtallighed opbevares i fryseren med henblik på at bevare deres fertilitetspotentiale er undergivet regulering, der begrænser frysetiden og i visse situationer fordrer destruktion. Disse befrugtede æg kan kategoriseres som *"udløbne"*. Befrugtede æg skal destrueres ved dødsfald, samlivsophævelse, skilsmisse og separation. I dette tilfælde brister de forudsætninger, som æggene blev befrugtet under, hvorfor deres fertilitetspotentiale må ophøre. Frysetidsbestemmelserne fungerede formentlig oprindeligt som en måde at sikre de befrugtede ægs kvalitetsmæssige egnethed ud fra et forsigtighedsprincip, indtil man havde høstet større erfaringer med fryseteknologien. Således er frysetiden blevet forhøjet fra et til fem år i Danmark, og i Storbritannien er frysetiden netop foreslået forhøjet fra fem til ti år. Frysetidsbestemmelserne har dog også som konsekvens, at de befrugtede ægs videnskabelige nytteværdi kan realiseres, hvis deres fertilitetspotentiale ikke realiseres af parret.

Egnethed er et parameter, som kvinden ikke selv har indflydelse på. Ligeledes er spørgsmålet om egnethed heller ikke udelukkende overladt til en individuel lægefaglig vurdering. Det normative har således en betydelig indflydelse på spørgsmålet om egnethed, særligt når egnethedsvurderingen angår en kvalitativ vurdering af det fremtidige barn og dets liv, hvor den behandlende læge må overlade beslutningen til et kollegium af to læger og en jurist.

Egnethed er et parameter, der i særlig grad er ustabil eller omskifteligt. Opfattelsen af egnethed skifter således over tid. I 1930'erne var "kvalitetssikring" af fostre en ønskelig praksis, hvor eugenikken blev brugt som et led i opbyggelsen af velfærdsstaten. I dag ser man det modsat som velfærdsstatens opgave at sikre, at familien får støtte til at drage omsorg for barnet, og

at barnet bliver inkluderet i familie og samfund på lige fod med andre. Kvindens egnethed er på samme måde et omskifteligt parameter. Forestillingen om det gode moderskab skifter således også over tid, idet høj alder eksempelvis tidligere var indikation for fri abort, mens høj alder i dag kan være en skærpende faktor i relation til den sociale indikation, i det omfang kvinden i takt med sin alder har opbygget sociale og økonomiske ressourcer.

### *2.2.3. Biografisk potentialitet*

Både i arve- og erstatningsretten kategoriseres fosteret på baggrund af sin biografiske<sup>1</sup> potentialitet, dvs. dets potentiale til senere at blive en retlig person med en retlig tilværelse. Dette er reelt også det eneste parameter, som den traditionelle personretlige teori opererer med som afgørende for den retlige kategorisering.

Men fosteret genkendes også i andre sammenhænge som en biografisk person. Hvis fosteret dør, hvad enten det er dødfødt eller aborteres spontant eller provokeret, betragtes det døde foster også som et barn, hvis det er ældre end 22 uger. Det afgørende for dette parameter er den normative grænse, som loven opstiller, og som i sin begrundelse dels har et biologisk/lægefagligt rationale og dels imødekommer de kvinder/par, som opfatter det døde foster som et dødfødt barn. Grænsen er knyttet til en række retsvirkninger, der giver fosteret status som et barn, eksempelvis har forældrene ret til barselorlov, det juridiske faderskab kan registreres og den døde fosterkrop omfattes af den beskyttelse, der i øvrigt gælder for døde kroppe.

I forbindelse med indsamling, opbevaring og øvrig behandling af væv kategoriseres det dødfødte barn også som en person med den virkning, at persondataloven finder anvendelse for behandling af vævet. Ligeledes skal kvinden/forældrene i medfør af sundhedslovens bestemmelser om transplantation og hospitalsobduktion give samtykke til indgreb. Den døde fosterkrop har således i denne kontekst samme status som en afdød person.

Den biografiske potentialitet er et parameter, som i sig selv er fleksibelt og kan tillægges større eller mindre vægt afhængig af konteksten. Parametret bruges således fra befrugtningsøjeblikket i formueretlig henseende og fra 22. uge, for så vidt angår døde fostre.

---

<sup>1</sup> Betegnelsen er inspireret af begrebet 'biografisk liv', som bruges i en tilsvarende betydning af Mette Nordahl Svendsen og Lene Koch: *Det overskydende æg – kategoriseringsprocesser i et moralsk landskab* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, København, 2007, p. 207-222 (211).



### 2.2.4. Videnskabelig potentialitet

Både fostre og befrugtede æg kan have en værdifuld status på baggrund af deres videnskabelige potentialitet. Denne potentialitet angår materialets værdi i grundforskning og stamcelleforskning, men også i diagnostisk udredning eller behandlingsrelateret anvendelse. Herved kan materialet på længere sigt nykategoriseres som et *produkt*, en *terapi* eller som *regenerativ medicin*. Forinden materialet finder vej til forskningslaboratoriet omkategoriseres det i forskellige kategorier, som gør det legitimt at udføre denne forskning.

En af disse kategorier er *overtallighed*. Både fostre og befrugtede æg kan kategoriseres som overtallige. Fostre in vivo kan være overtallige ved flerfoldsgraviditeter og befrugtede æg in vitro kan være i overskud ved kunstig befrugtning behandling. Det afgørende for, om fosteret eller det befrugtede æg betragtes som overtallig i retlig forstand er den biologiske og lægevidenskabelige kategorisering. Det er karakteristisk, at kategoriseringen af befrugtede æg som overtallige fungerer som et forbindelsesled mellem klinikken og forskningslaboratoriet, og klassifikationen sker i praksis under inddragelse af en række hensyn og aktører. Modsat vil der ved kategoriseringen af fostre være tale om en egentlig diagnose eller en medicinsk risikovurdering. Overtallighed er således, særligt for så vidt angår befrugtede æg, en pragmatisk kategori, der ikke kan defineres objektivt, og hvis definition påvirkes af en række aktører.

Når et befrugtet æg kategoriseres som overtalligt, har det forskellige retlige implikationer. Parret skal beslutte, om de overtallige æg skal destrueres, doneres til forskning eller nedfryses til eventuel senere brug i fertilitetsbehandling. Det betyder, at æggene enten kan kategoriseres som klinisk risikoaffald, hvis parret ønsker at bortskaffe dem, som et værdifuldt forskningsobjekt og kilde til regenerativ medicin, hvis parret ønsker at donere dem til laboratoriet eller de kan bevare deres fertilitetspotentiale, hvis parret vælger at lade dem nedfryse.

Befrugtede æg in vitro kan gøres til genstand for forsøg, hvis forsøget har til formål at opnå viden om bestemte områder, der er udpeget i befrugtningsloven. I dette tilfælde må det befrugtede æg højst holdes i live in vitro i op til 14 dage efter befrugtningen, hvorefter det skal implanteres eller destrueres. Kun forskning, som har til hensigt at forbedre kunstig befrugtning-behandling og præimplantationsdiagnostik, eller stamcelleforskning, som har til hensigt at opnå viden om og behandling af sygdomme, er tilladt. Forskning på befrugtede æg kræver samtykke fra det donerende par, ligesom forskningsprotokollen skal godkendes af den videnskabsetiske komité.

Et foster kan også gøres til genstand for forsøg både under svangerskabet og i forbindelse med afbrydelse af svangerskabet. I sidstnævnte tilfælde kan forskningen både relatere sig til selve fosteret, men også til den metode, hvorved svangerskabet afbrydes.

Under svangerskabet kræver forsøg på fostre tilladelse fra den gravide kvinde, ligesom forskningsprojektet skal godkendes i den videnskabsetiske komité. Der er dog et område for forsøg, som den gravide kvinde ikke kan samtykke til. Der er således særlige krav om, at forskningen skal komme fosteret eller andre gravide kvinder til gavn og ikke må udsætte hverken fosteret eller kvinden for uacceptable risici.

Er der tale om et foster, der skal aborteres, kan der eksempelvis udføres forsøg, som kan afdække risikoen ved nye diagnostiske teknikker eller metoder, eller forsøg, som kan belyse, hvordan indgivet medicin eller lignende virker på fostre, ligesom selve abortmetoden kan udføres som et videnskabeligt forsøg. I alle tilfælde skal kvinden give et informeret samtykke til forsøget, ligesom der skal ske godkendelse i det videnskabsetiske komitéssystem.

Det døde foster kan også gøres til genstand for forsøg. Her kan der sondres mellem de døde fostre, der kategoriseres som aborter, og de døde fostre, der kategoriseres som dødfødte børn. Det dødfødte barn har samme status som andre døde kroppe. Det aborterede foster har derimod en ganske anden status. I dette tilfælde kan indsamling, opbevaring og videregivelse ske uden samtykke, idet kvinden ikke kan råde over vævet i relation til at registrere begrænsninger i Vævsanvendelsesregisteret, ligesom abortvævet ikke kan karakteriseres som personhenførbart og derfor falder uden for persondataloven. Forskningsmæssigt brug kræver dog et informeret samtykke, i det omfang forskningen betragtes som 'forskning på fostre', mens den videnskabsetiske komité i praksis har dispenseret for samtykkekravet i det omfang forskningen betragtes som 'forskning på væv fra kvinden', når forsøget udføres som registerforskning. Hvorvidt denne mulighed for at anskue abortvævet som identisk med kvinden i relation til forsøg kan indfortolkes i komitélovens dispensationsmulighed, er usikkert, henset til den kategorisering, der er fastsat for så vidt angår Vævsanvendelsesregisteret.

#### *2.2.5. Ingen potentialitet*

Befrugtede æg og fostre ex vita kan kategoriseres som *affald*. Dette er dels muligt, når materialet ikke tjener et diagnostisk, terapeutisk eller forskningsmæssigt formål og derfor skal bortskaffes, og dels muligt fordi lovgiv-

ningen i visse tilfælde foreskriver, at det befrugtede ægs biologiske eller videnskabelige potentiale er forbudt at realisere.

Er der tale om befrugtede æg, kan de kategoriseres som risikoaffald i forskellige kontekster. For det første foretager embryologen en indledende fraserter af de befrugtede æg, som man næppe kan karakterisere som 'befrugtede' i biologisk forstand. Disse æg, som mangler *biologisk livsduelighed*, kategoriseres umiddelbart som klinisk risikoaffald. For det andet kan der være tale om *overtallige* eller *syge* æg, som ikke agtes anvendt i fertilitetsbehandlingen, og som parret ønsker bortskaffet. Endelig kan der være tale om "*udløbne*" æg, dvs. æg, som lovgivningen foreskriver skal destrueres; enten fordi de kun må holdes i live i op til 14 dage efter befrugtningen, og derfor ikke længere kan bruges i forskningslaboratoriet, eller fordi de ikke længere må holdes nedfrosne på grund af bestemmelsen om frysetidens udløb eller på grund af, at det par, der kan råde over æggene, ikke længere er berettiget til at råde over dem grundet dødsfald, samlivsophævelse, separation eller skilsmisse. Det afgørende for, om befrugtede æg betragtes som klinisk risikoaffald i retlig forstand, er således både knyttet til parrets selvbestemmelsesret, biologiske og kliniske kriterier samt lovgivningens normative påbud om destruktion.

Døde aborterede fostre kan også kategoriseres som klinisk risikoaffald, hvis fosteret fødes eller aborteres før udgangen af 22. uge, og kvinden ikke anmoder om udlevering af vævet med henblik på nedgravning. I dette tilfælde er det sygehusets egen kategorisering, der er afgørende for den retlige kategorisering, idet vævet først bliver kategoriseret som affald i retlig forstand, i det øjeblik sygehuset ønsker at bortskaffe det.

### 2.2.6. Kvindens hensigt og autonomi

Som tidligere nævnt falder spørgsmålet om egnethed ikke ind under kvindens ubetingede råderet over fosteret og det befrugtede æg. Derimod kan spørgsmålet om *formålet* med fosteret eller det befrugtede æg falde ind under kvindens ret til autonomi.

Mens parret frit kan vælge, om overtallige befrugtede æg skal kategoriseres som klinisk risikoaffald eller forblive i kategorien befrugtet æg in vitro, og kvinden selv kan vælge, om hun vil kategorisere fosteret ex vita som noget mere end klinisk risikoaffald inden udgangen af 22. uge ved at anmode om udlevering med henblik på nedgravning, kan kvinden ikke selv vælge at kategorisere et overtalligt foster in vivo som noget tingsligt, der skal bortskaffes – heller ikke inden udgangen af 12. uge. Der er således ikke ret til fri fosterreduktion, selvom hun i samme tidsrum har ret til at få afbrudt gravidite-

ten som sådan. Kvindens hensigt med graviditeten (at blive forælder) tillægges således betydelig vægt i den retlige kategorisering af fosteret. I dette perspektiv er der betydelige retlige implikationer knyttet til fosterets formål, som defineret af kvinden. I andre kontekster tillægges dette parameter dog ingen betydning, hvilket eksempelvis var tilfældet i Vo-sagen.

Under graviditeten er fosteret in vivo i vidt omfang ydet retsbeskyttelse gennem kvinden. Det betyder, at beskyttelsen af fosteret implementeres og udfoldes gennem kvinden, i det omfang hun selv anser fosterets formål for at være fødslen af et barn. I den forstand sker der altså identifikation mellem kvinden og fosteret. Dette er også tilfældet, for så vidt angår den erstatnings- og forsikringsretlige relation mellem kvinde og foster, hvis hun selv påfører sit foster en skade. I andre sammenhænge sker der også identifikation mellem kvinde og foster. Hvis kvinden dør, må fosteret således også gå til grunde sammen med hende. I dette tilfælde er der ikke grundlag for at holde kvinden kunstigt i live, indtil fosteret er så udviklet, at det kan løses.

Denne identifikation mellem kvinde og foster medfører dog også undertiden, at kvindens hensigt med graviditeten ikke tillægges betydning. Straffeloven betragter således ikke skade af et foster in vivo som noget, der kan rejses særskilt tiltale i forhold til. Tværtimod betragtes fosteret som en del af kvindens krop, også selvom kvinden ønsker, at fosteret på baggrund af sit biografiske potentiale skal betragtes som en person, og selvom fosteret, ifald det er ældre end 22 uger, alle andre steder i retten betragtes som et dødfødt barn.

### **2.3. Afrunding**

Ved at regulere fostres og befrugtede ægs retlige position bevæger lovgiver sig ind på de værdikonflikter, der gemmer sig under overfladen i den moral-filosofiske undergrund. Lovgiver er dog tilbageholdende med at træffe eksplícitte værdivalg i kategoriseringen af fosteret og det befrugtede æg. Således ikklædes reguleringen i flere tilfælde en videnskabelig begrundelse. I andre tilfælde integreres værdivalg ved at give rum for sundhedspersoners personlige etiske grænser eller for, at kvindens kategorisering af fosteret får retlig betydning.

Reguleringen af bioetiske spørgsmål formidler en udvikling, praksis, teknologi eller et indgreb i en bestemt normativ ramme, der gøres bindende for alle dele af et værdipluralistisk samfund. Det er dog sjældent, at reguleringen fremstår alene som et normativt valg. Som analysen i kapitel 4-7 viser, indrages natur- og lægevidenskabelige begrundelser således i flere tilfælde,

når lovgiver bevæger sig ind på områder, som er genstand for debat i bioetikken. Spørgsmålet om, hvordan de involverede aktørers interesser skal afvejes retligt er altså i vidt omfang blevet løst ved at inddrage naturvidenskabelige argumenter ud fra en retlig forestilling om, at naturvidenskaben kan levere objektiv viden. Dette ses eksempelvis i definitionen af svangerskabet og i begrundelserne for 14-dages-grænsen, 12-ugers-grænsen, 22-ugers-grænsen og levedygtighedskriteriet. Som illustreret i bl.a. kapitel 3 kan biologi og lægevidenskab dog ikke altid give endegyldige svar – heller ikke for så vidt angår en entydig begrebsmæssig afklaring af, hvad et befrugtet æg eller et foster er i biologisk forstand.

Herved må det også opfattes som naturligt, at fosterets status er en fragmenteret og forskelligartet figur, når man sammenligner kategoriseringer på tværs af lovgivningen; det er jo netop ikke et begreb om fosterets status, der har været den eksplicitte styring for normeringen.

### 3. Fremtidsperspektiver

Som afdækket i analysen er det kendetegnende, at retten håndterer fostre og befrugtede æg på en fragmenteret måde uden ekspliciterede værdivalg. I dette afsnit vil jeg skitsere en række fremtidsscenarier, der udfordrer denne fremgangsmåde, hvor den retlige kategorisering knyttes til det biologiske og lægevidenskabelige.<sup>2</sup> Disse fremtidsscenarier kan både knyttes til teknologiske og retlige udviklingstendenser. I den forstand sættes den retlige håndtering af fostre og befrugtede æg under pres af såvel interne som eksterne faktorer.

#### 3.1. Ektogenese

##### 3.1.1. Indledning

Under en normal graviditet udvikles fosteret i fulde ni måneder i kvindens livmoder. Denne forbundethed i tid og sted med kvinden har traditionelt været den nødvendige betingelse for fødslen af et levende barn, og børn, der blev født for tidligt, stod ofte ikke til at redde eller blev påført svære handicaps. I løbet af de sidste 25 år er det dog i stigende grad blevet muligt at redde for tidligt fødte børn, således at den sidste del af fosterudviklingen kan finde sted ved at benytte kuvøse og sondenæring som erstatning for livmoder og navlestreng. Samtidig er 9-måneders-perioden også blevet mulig at forkorte i starten af graviditeten; ægget kan befrugtes i petriskålen og implanteres i kvindens livmoder inden for 14 dage efter befrugtningen. Det

---

<sup>2</sup> En udtømmende retlig analyse af disse fremtidsscenarier er ikke tilsigtet af omfangsmæssige hensyn, men kan efter min opfattelse med fordel gøres til genstand for mere uddybende retsvidenskabelige analyser.

betyder, at den tid, fosteret skal bruge i livmoderen for at blive et levende barn, for tiden er ca. 22 uger. Men hvad hvis det var muligt at udruge fosteret kunstigt i flere eller måske samtlige ni måneder uden for kvindens livmoder? Dette er det første fremtidsscenario, jeg vil behandle med henblik på at undersøge, hvilke retlige udfordringer en sådan udvikling rejser.

Ektogenese (fra græsk: *ecto*, ydre og *genese*, fødsel) er benævnelsen for skabelsen af liv uden for livmoderen og kan både henvise til en fuldstændig (kunstig) skabelse og udrugning af liv uden for kroppen og til teknologiske udviklinger, som vil kunne forkorte den tid i livmoderen, der er nødvendig, før fosteret er levedygtigt. Denne mulighed kan umiddelbart forekomme som et utænkeligt science fiction scenario – lige så utænkeligt som fosterkirurgi, blodtransfusioner, organtransplantationer og ultralydsscanning må have forekommet, inden disse teknikker blev virkelighed. Efter at videnskaben nu i laboratoriet kan eftergøre de betingelser, der er nødvendige for en befrugtning, er det dog nærliggende, at vækstmiljøet i livmoderen ligeledes vil kunne eftergøres i et kunstigt miljø.

### 3.1.2. De retlige rammer

Selvom forskerne endnu ikke har eftergjort udrugning af det menneskelige foster i laboratoriet,<sup>3</sup> så har ektogenese af mennesker eller menneskelige væsener været nævnt i forskellige provokerende tankeeksperimenter, både litterært i Aldous Huxleys roman *Fagre nye verden* fra 1932, på lærredet i Ridley Scotts *Blade Runner* fra 1982 og i fagfilosofien af Peter Singer i 1985.<sup>4</sup> Der er da også allerede retlige rammer på plads i forhold til denne teknologi, idet befrugtningslovens § 9 forbyder, at den videre udvikling af det befrugtede æg må ske uden for en kvindes livmoder. Denne bestemmelse må opfattes således, at et æg, der er blevet befrugtet i laboratoriet i forbindelse med kunstig befrugtning foretaget af en læge eller på en læges ansvar, skal implanteres i kvindens livmoder, hvis det skal udvikles til et individ,<sup>5</sup> og implantering i artsfremmed eller kunstig livmoder er således forbudt.<sup>6</sup> Befrugtningslovens forbud mod ektogenese regulerer dog formentlig ikke, *hvor længe* fosteret skal forblive i livmoderen, navnlig ikke når der er

---

<sup>3</sup> I Japan er gedefostre med held udviklet udelukkende i kunstig livmoder. Se Frida Simonstein: *Artificial Reproduction Technologies (RTs) – all the way to the artificial womb?* i *Medicine, Health Care and Philosophy*, nr. 3/2006, p. 359-365 (360).

<sup>4</sup> Peter Singer & Diane Wells: *Making Babies: The New Science and Ethics of Conception*, New York, 1985, kapitel 5.

<sup>5</sup> I modsat fald skal det befrugtede æg destrueres, nedfryses eller doneres til forskning.

<sup>6</sup> Se nærmere L 5 – Forslag til lov om kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning m.v., Folketingstidende 1996-97, tillæg A, side 29ff, bemærkninger til § 8.

en lægefaglig grund til at fjerne fosteret fra livmoderen, jf. eksempelvis sundhedslovens § 93.

Derudover er forsøg, der har til hensigt at muliggøre individudvikling i artsfremmed livmoder, i øvrigt også forbudt,<sup>7</sup> mens forsøg, der har til formål at opnå viden om fosterets implantation i livmoderen med henblik på at forbedre IVF-teknikker, er lovlige i op til 14 dage efter befrugtningen, jf. befrugtningslovens §§ 25, stk. 1, nr. 1 og 26. Sådanne forsøg vil – uanset at dette ikke er deres formål – også generere viden, der kan bruges til at belyse den ektogenesiske proces.<sup>8</sup>

### 3.1.3. De retlige udfordringer

Hvis det bliver muligt at overføre et foster fra en kvindes livmoder til en kunstig livmoder vil det kunne få retlige implikationer på flere områder.

For det første vil ektogenese potentielt have store implikationer for den retlige håndtering af *abortindgreb*. Udviklingen i behandlingen af præmature børn var som nævnt i kapitel 4 med til at motivere fastsættelsen af en øvre grænse for abortindgreb, hvilket betyder, at der som udgangspunkt ikke må aborteres levedygtige fostre, som med hjælp fra lægevidenskaben ville kunne overleve ved for tidlig fødsel, ligesom der blev indført en pligt til at behandle for tidligt fødte børn, hvis de viste livstegn. Men muligheden for at udvikle et foster i en kunstig livmoder rejser en grundlæggende problemstilling i forhold til levedygtighedskriteriet, idet *alle* fostre herefter kan betragtes som *levedygtige* ved hjælp af ektogenese. Udvikles teknologien gradvist, således at det over en periode bliver muligt at overføre fostre til et kunstigt miljø på et tidligere og tidligere tidspunkt, indtil fuldstændig ektogenese fra og med befrugtningen bliver mulig, vil levedygtighedskriteriet gradvist indskrænke området for lovlig abort, idet levedygtighedskriteriet netop er en fleksibel grænse, der skal kunne afspejle den videnskabelige udvikling. Den forståelse, som abortlovgivningen bygger på, vil altså blive udfordret af et helt nyt biologisk paradigme, der afgørende ændrer den reproduktive proces.

Som analysen i kapitel 4 viste, er abortreguleringen i høj grad knyttet til videnskabelige og lægefaglige forståelser og kategoriseringer, der bygger på

---

<sup>7</sup> Forbuddet fremgik oprindeligt af komitéloven, se nærmere L 59 – Forslag til lov om et videnskabetisk komitesystem og behandling af biomedicinske forskningsprojekter, fremsat 23. oktober 1991, Folketingstidende 1991-92, tillæg A, spalte 1119ff, bemærkninger til § 14.

<sup>8</sup> Derudover kan viden også opnås ved forsøg på dyreembryoer, idet sådanne forsøg ikke kræver tilladelse fra Dyreforsøgstilsynet, ligesom dyreforsøgsloven heller ikke knytter en 14-dages-grænse til forskning på befrugtede dyreæg.

en grundlæggende biologisk forudsætning om forbundethed mellem foster og kvindekrop. Lovgiver har i høj grad brugt videnskabens ”objektive” svar til at undgå en mere grundlæggende stillingtagen til fosterets etiske status og kvindens juridiske ret til kropslig og reproduktiv autonomi. Grænsen for fri abort blev således knyttet til et sundhedsfagligt hensyn til kvinden, ligesom den stigende status fosteret tillægges i kraft af, at der stilles mere og mere tungtvejende krav til indikationens styrke, jo ældre fosteret er, bl.a. begrundes med den stigende risiko, et indgreb vil udgøre for kvinden. Udfolder såvel befrugtning som udrugning sig i et kunstigt miljø er den reproduktive proces ikke længere knyttet til kvindens krop. I den forstand trækker ektogenese gulvtæppet væk under den argumentative ramme, som abortreguleringen er bygget op omkring, og man må således på ny overveje, på hvilket grundlag en kvinde kan være berettiget til at få afbrudt den fortsatte udvikling af fosteret.

Retten til abort indebærer, som understreget af Judith Jarvis Thomson,<sup>9</sup> ikke en ret til at sikre fosterets død, men udelukkende til at få fjernet fosteret fra kvindens krop. Man kunne derfor forestille sig, at kvinden i den ektogenesiske tidsalder nok har en ret til abort, men at det fjernede foster derefter skal overføres til en kunstig livmoder med henblik på bortadoption. På den anden side kan man også trække analogier til udtagning og opbevaring af kønsceller og befrugtede æg i forbindelse med kunstig befrugtning behandling. Selvom visse skridt i den reproduktive proces allerede er taget, har både kvinden og manden mulighed for at destruere kønsceller og befrugtede æg og endda pligt hertil ved dødsfald, samlivsophævelse eller efter frysetidens udløb. Der kan således være behov for at afklare, om abort ikke blot kan siges at være en del af kvindens ret til privatliv og kropslig autonomi, men også en del af en bredere ret til reproduktiv frihed.

Derudover rejser ektogenese også spørgsmålet om, hvem der har kompetence til at anmode om ”abortering” af fosteret fra den kunstige livmoder, idet mandens og kvindens interesser må være lige tungtvejende, når fosterudviklingen ikke længere er knyttet til kvindens krop. At mandens og kvindens interesser vejer lige tungt, så snart den reproduktive proces fjernes fra kvindens krop, kom fx til udtryk i sagen *Evans v. UK*. Selvom adgang til hendes nedfrosne æg, der var befrugtet med sæd fra den tidligere samlever, var kvindens eneste mulighed for at få genetisk beslægtede børn, var det ikke i strid med art. 8, at den tidligere samlevers beslutning om ikke-forælderskab

---

<sup>9</sup> Pointen følger af violinisteksemplet, hvor den kidnappede person har ret til at frakoble sig violinisten, selvom det vil medføre døden for ham. Overlever violinisten alligevel denne frakobling, vil den kidnappede person dog ikke have ret til at slå ham ihjel. Se nærmere kapitel 3.



efter britisk ret vægtede tungere, og de befrugtede æg skulle således destrueres i overensstemmelse med de britiske regler.<sup>10</sup> Udviklingen forskyder således det retlige fokus fra det køns- og kropsrelaterede begreb reproduktive rettigheder til det kønsneutrale begreb *procreational rights*,<sup>11</sup> der snarere angår de genetiske og sociale aspekter af forældreskab og reproduktion.

Mens ektogenese primært rejser en underliggende diskussion af, om fosteret vil kunne have en ret til livet, når denne ret kan indfris uden brug af kvindens krop, så medfører ektogenese også retlige udfordringer i forhold til fosterets ret til *sundhed og behandling*. Hvis kvinden på grund af misbrug ikke kan tilbyde fosteret et sundt miljø *in utero*, eller hun nægter at lade fosteret behandle, kunne man overføre fosteret til en kunstig livmoder. I denne situation kan man trække analogier til tvangsmæssigt udført kejsersnit, hvor fosteret, der *er ved at blive født*, som tidligere nævnt synes at have en særlig tungtvejende retlig status. Ektogenese udfordrer også i denne kontekst den biologiske forståelse, som den retlige kategorisering hviler på, idet det foster, der er ved at blive født, ikke længere meningsfyldt kan være en selvstændig retlig kategori. Ektogenese udvisker jo netop fødslen som begivenhed. Fødslen betragtes traditionelt som en afgørende retlig begivenhed: i dette præcise punkt anerkendes individet som en retlig personlighed, der kan have almindelig retsevne og være indehaver af rettigheder. En mere grundlæggende afklaring af den retlige kategorisering af fosteret, kvindens ret til reproduktiv og kropslig autonomi og den indbyrdes afvejning mellem relevante aktører synes således at være uundgåelig, når ektogenese bliver en teknisk mulighed.

### 3.2. Kimærer, hybrider og cybrider

#### 3.2.1. Indledning

Den retlige kategorisering af fosteret er som tidligere påpeget knyttet til bestemte biologiske kategoriseringer og grundlæggende antagelser om menneskelivets begyndelse. Mens biologien ikke kan pege på præcise skillelinjer i fosterudviklingen, men snarere opfatter livets begyndelse som et gradvist kontinuum, så har den biologiske forståelse af fosteret dog altid været knyttet til en uomtvistelig *artsidentitet* forstået således, at både det naturligt befrugtede æg og det klonede æg udelukkende bestod af menneskelig arvemasse.

---

<sup>10</sup> Sagen er nærmere omtalt i kapitel 5.

<sup>11</sup> Se eksempelvis den israelske dom Nachmani v. Nachmani (50(4) P.D. 661 (Isr)). Se omtale i Evans v. UK, pr. 49 og Dalia Dorner: *Jurisprudence in the Age of Biotechnology – An Israeli Case Analysis* i *Annals New York Academy of Sciences* 2000; 913: 188-197.

Som en konsekvens af, at det spirende liv nu er bragt frem i lyset og kan manipuleres i laboratoriet, er det blevet muligt at tilføre det menneskelige befrugtede æg arvemasse fra dyr eller bruge dyreæg som ”surrogat-æggeskal” i jagten på stamceller.

I Storbritannien har forskergrupper fra University of Newcastle og King's College London fået tilladelse af HFEA til at bruge æg fra fx køer og kani-  
ner i stamcelleforskningen.<sup>12</sup> Dyreæggene tages fra slagtede dyr og kan ved hjælp af hormoner i løbet af et døgn modnes, så de er befrugtningssdygtige. Herefter tømmes de for cellekernen, hvorved ægget mister hovedparten af sin artsidentitet, idet kun cellemembranens mitochondrier,<sup>13</sup> som udgør 0,1 % af arvemassen, lades tilbage. Det er herefter tanken at indsætte en menneskelig hudcelle taget fra en person, der lider af fx Parkinsons syge. Hudcellen indsættes i ”æggeskallen”, som herefter vil omprogrammere den til at opføre sig som et befrugtet æg. Disse cytoplasmiske hybrider (cybrider) skal bruges til at høste stamceller med henblik på at opnå viden om den sygdom, stamcellerne er skabt med. Stamcellerne skal således udelukkende bruges til forskning i sygdomme i petriskålen og ikke til klinisk brug i mennesker.<sup>14</sup>

Men hvordan håndterer og kategoriserer retten en sådan ”hybrid” organisme, som er ca. 99,9 % menneskelig og 0,1 % dyr?

---

<sup>12</sup> Ansøgningen blev indgivet i november 2006. HFEA iværksatte herefter en omfattende høring, og debatten medførte også, at regeringen medtog en bestemmelse, der tillader denne type forskning i et lovforslag, som ventes vedtaget i parlamentets samling 2007-08. HFEA udtalte sig principielt positivt om anvendelse af cybrider den 5. september 2007, idet organismen blev anset for at være *menneskelig* og derfor faldt under the Human Fertilisation and Embryology Act. HFEA gav den 17. januar 2008 tilladelse til forskning på og frembringelse af cytoplasmiske hybrider. Se HFEA's principudtalelse <[www.hfea.gov.uk/en/1581.html](http://www.hfea.gov.uk/en/1581.html)> /sept.2007 og afgørelser om tilladelse til projekterne på <http://www.hfea.gov.uk/en/377.html> / jan. 2008.

<sup>13</sup> Mens menneskets arvemasse normalt arves ligeligt fra moderen og faderen, arves den dna, der findes i mitochondrierne udelukkende fra moderen. Når hudcellen indsættes i æggeskallen vil denne, idet der ikke kun indsættes cellekernen fra hudcellen, også indeholde mitochondrie-dna. Der vil således være både menneskelig og animal mitochondrie-dna til stede i den cybride organisme.

<sup>14</sup> Teknikken er indtil videre med succes afprøvet af en kinesisk forskergruppe, se Y. Chen et al.: *Embryonic stem cells generated by nuclear transfer of human somatic nuclei into rabbit oocytes* i Cell Research, vol.13, no. 4, 2003, p. 251-264. Se også nærmere House of Commons, Science and Technology Committee: Government Proposals for the Regulation of Hybrid and Chimera Embryos, Fifth Report of Session 2006-07, volume I & II, published on 5 April 2007.

### 3.2.2. De retlige rammer og udfordringer<sup>15</sup>

Beskyttelsesreguleringen i dansk ret bygger på en grundlæggende sondring og adskillelse mellem *mennesker* og *dyr*. Der er således mere vide rammer for at udføre forsøg på dyr, og graden af den retlige beskyttelse af dyr kan mere generelt tillige afhænge af, hvilket dyr der er tale om, og hvilken placering eller funktion dyret har i forhold til mennesket, dvs. at der er en skærpet beskyttelse for produktionsdyr og dyr i menneskets varetægt, ligesom det, for så vidt angår forsøg, har en betydning, om der er tale om hvirvel- eller bløddyr.<sup>16</sup>

Forsøg på mennesker er derimod underlagt strengere regulering, der bygger på en samling universelle forskningsetiske grundprincipper formuleret i ”Medicinersagen” under Nürnbergprocesserne. Som en del af sin procedure beklagede anklageren netop, at de KZ-fanger, der var blevet udsat for medicinske forsøg, ikke i det mindste havde været omfattet af de samme principper, som fulgte af den tyske dyreværnslov:

*”Were it necessary, one could make a long list of the respects in which the experiments which these defendants performed departed from every known standard of medical ethics...We need look no further than the law which the Nazis themselves passed on the 24th of November 1933 for the protection of animals. This law states explicitly that it is designed to prevent cruelty and indifference of man towards animals and to awaken and develop sympathy and understanding for animals as one of the highest moral values of a people...If the principles announced in this law had been followed for human beings as well, this indictment would never have been filed. It is perhaps the deepest shame of the defendants that it probably never even occurred to them that human beings should be treated with at least equal humanity.”<sup>17</sup>*

Nürnbergkodekset, der er betegnelsen for de universelle forskningsetiske grundprincipper, kan karakteriseres som en række minimumsstandarder, der sikrer respekt for forsøgspersoners autonomi, værdighed og integritet.<sup>18</sup> I

---

<sup>15</sup> Se også nærmere min artikel *Are You a Man or a Mouse* i *Journal of International Biotechnology Law*, 2008, vol. 5 (1) p. 16-19.

<sup>16</sup> Se nærmere dyreværnsloven og dyreforsøgsloven. Spørgsmålet om kimæreforskning er også nærmere diskuteret i *Etisk Råd: Mand eller mus – Etiske aspekter ved kimæreforskning*, København, 2007.

<sup>17</sup> ”The Medical Case”, Military Tribunal No. 1, Case 1: The United States of America against Karl Brandt et al., *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. 1, Nuernberg October 1946-April 1949, p. 71.

<sup>18</sup> Se hertil Ulla Hybel: *Forsøgspersoner – om den retlige beskyttelse af mennesker, der deltager i biomedicinske forsøg i Danmark*, København, 1998 og Mette Hartlev: *Syge har også*

disse centrale begreber ligger en grundlæggende opfattelse af, at mennesker – modsat dyr – skal behandles også som et mål i sig selv og ikke kun som et middel. Bioetikkonventionens art. 2 fastslår således i forlængelse heraf, at menneskers interesser og velfærd skal have forrang frem for interesser, der alene vedrører samfundet og videnskaben, mens Dyreforsøgskonventionen<sup>19</sup> i præambelens 4. betragtning fastslår, at dyr kan bruges som et middel i menneskets søgen efter viden, sundhed og sikkerhed. Den retlige opfattelse af mennesket er, for så vidt angår forsøg, bl.a. nærmere udmøntet i komitéloven og befrugtningsloven, der også sikrer en beskyttelse af kønsceller og befrugtede æg.

Det har således afgørende betydning for beskyttelsesniveauet, om hybriden klassificeres som dyr eller menneske, og blandingsvæsener kan være vanskelige at kategorisere inden for de eksisterende retlige rammer.

Befrugtningslovens § 28, nr. 3 forbyder forsøg, der har til formål at muliggøre fremstilling af *levende* menneskelige individer, som er hybrider, med en arvemasse, hvori indgår bestanddele fra andre arter.<sup>20</sup> Særligt i relation til cybrider, der involverer dyreæg og menneskelige kropsceller, kan man dog stille spørgsmålstejn ved, om befrugtningsloven, jf. § 1, stk. 2, overhovedet omfatter sådanne forsøg (idet der jo hverken indgår menneskelige kønsceller eller befrugtede æg i skabelsen af cybriden). Efter at kernetransplantationen er gennemført, kan man dog argumentere for, at det kernetransplanterede æg må kategoriseres som et menneskeligt embryo på linje med et klonet embryo, der er dannet af et menneskeligt æg og en menneskelig kropscelle. Sidstnævnte organisme falder utvivlsomt inden for befrugtningsloven, der jo netop har til hensigt at beskytte de tidlige stadier af menneskeligt liv.

For denne fortolkning taler også den britiske sag R (on application of Quintavalle) v. Secretary of State for Health, hvor House of Lords ud fra samme argumentation fastslog, at befrugtede æg tilvejebragt med kloningsteknikken var omfattet af Human Fertilisation and Embryology Act; selvom ”Dolly-teknikken” ikke involverede en befrugtning som sådan, måtte loven fortolkes formålsrettet i lyset af de teknologiske udviklinger. Formålet med loven var således snarere at regulere menneskelige embryoer skabt

---

*rettigheder* i Stine Jørgensen, Helle Krunke, Mette Hartlev og Kirsten Ketscher (red.): Nye retlige design, København, 2003, p. 51-63.

<sup>19</sup> Europarådets konvention af 18. marts 1986 om beskyttelse af hvirveldyr, der anvendes til forsøg og andre videnskabelige formål. Konventionen er også udmøntet i dyreforsøgsdirektivet (Rådets direktiv 86/609/EØF).

<sup>20</sup> Derudover må befrugtede æg, der ved forskning er genetisk modificeret, ikke indsættes i en kvindes livmoder, jf. § 27, stk. 1.

uden for kroppen og ikke kun at regulere menneskelige embryoer skabt ved en befrugtning.<sup>21</sup>

På den anden side kan man argumentere for, at forbuddet i befrugtningsloven sigter mod udvikling af et *født*, levende individ;<sup>22</sup> forbuddene mod artsblanding optrådte første gang i den første lov om oprettelse af et etisk råd og regulering af visse biomedicinske forsøg, hvor man tog stilling til en række ”*etisk klare situationer*”, nemlig situationer, hvor forsøget ikke havde noget diagnostisk eller behandlingsmæssigt formål.<sup>23</sup> Som tidligere nævnt er brugen af cybrider i stamcelleforskningen dog netop knyttet til grundforskning i visse sygdomme med henblik på at forbedre diagnostik og behandling, og sigter således ikke på fremstilling af levende individer. At forskning er forudsætningen for god behandling og diagnostik, var netop begrundelsen for, at Folketinget lempede det oprindelige forbud mod forskning på befrugtede æg, således at de par, der var i kunstig befrugtning-behandling, kunne modtage behandling af lige så god kvalitet som andre behandlinger, der blev tilbudt i sundhedsvæsenet.

Det afgørende spørgsmål for, hvorvidt tilvejebringelse af og forskning på cybrider må anses for at være tilladt, er som skitseret, hvorvidt denne organisme kategoriseres som *menneskelig*. Forskning på menneskelige embryoer, der har et sygdomsrelateret sigte, må nemlig som nævnt i kapitel 7 udelukkende ske på overskydende æg, der er overtallige fra kunstig befrugtning behandling. Menneskelige embryoer må således ikke skabes udelukkende til forskningsformål. Derudover vil det også stride mod Bioetikkonventionens art. 18 (2) at skabe de cybrider, der bruges til at høste stamceller fra, forudsat at den cybride organisme kategoriseres som menneskelig. Bioetikkonventionen definerer dog ikke nærmere, hvad der skal forstås ved begrebet menneskelig, ligesom befrugtningslovens forbud mod menneskelige blandingsvæsener heller ikke konkretiserer kategorien ”menneskelig”.

---

<sup>21</sup> Se også Deryck Beyleveld & Shaun Pattinson: *Landesbericht Grossbritannien* i Albin Eser, Hans-Georg Koch & Carola Seith (red.): *Internationale Perspektiven zu Status und Schutz des extrakorporalen Embryos*, Baden-Baden, 2007, p. 171-203.

<sup>22</sup> Se tillige Etisk Råds redegørelse om kimæreforskning, hvor det også anføres, at ”levende individ” i denne sammenhæng formentlig må fortolkes i overensstemmelse med den traditionelle opfattelse i personretten, hvorefter man først bliver et individ, der omfattes af lovgivningen, *efter* fødslen, idet bemærkningerne ikke anfører noget særligt i denne henseende vedrørende § 28. Etisk Råd: *Mand eller mus – Etiske aspekter ved kimæreforskning*, København, 2007, p. 74.

<sup>23</sup> Uanset om forskning i cybrider må anses for omfattet af forskningsforbuddet eller ej, skal der dog foreligge godkendelse fra den videnskabsetiske komité, idet der indgår menneskelige celler i forsøget.

I tilknytning til Bioetikkonventionen er der udarbejdet en *Additional Protocol on Cloning*,<sup>24</sup> som forbyder kloning af mennesker (*human beings*). Protokollen og den tilhørende *Explanatory Report*<sup>25</sup> konkretiserer begrebet menneskelig ved at fastslå, at et klonet menneske betyder et menneske, der deler samme arvemateriale i cellekernen. Det mitochondriale dna undtages udtrykkeligt, hvilket taler for, at en cytoplasmisk hybrid retligt må kategoriseres som menneskelig.

For denne fortolkning taler yderligere, at den britiske Human Fertilisation and Embryology Authority netop udtalte, at forskning på cybrider principielt var omfattet af Human Fertilisation and Embryology Act. Ved at kategorisere de cybride embryoer som menneskelige var de således omfattet af loven og derved placeret i den retlige dynamik og retsbeskyttelse, der finder anvendelse for andre typer embryoer.

Kimærer, hybrider og cybrider udgør, som jeg har skitseret i dette afsnit, endnu et eksempel på, at den biologiske forståelse, som reguleringen hviler på – hvorefter der sondres skarpt mellem dyr og menneske – er under udfordring. Der opstår herved behov for en nærmere afklaring af, hvad der må betragtes som menneskeligt, og hvilke organismer der skabes og personificeres som retlige personligheder.

### **3.3. Fri bevægelighed og moralsk forumshopping**

#### *3.3.1. Nationale etiske og retlige grænser*

Den europæiske opfattelse af fosterets etiske og retlige status er langt fra entydig. Det betyder som tidligere nævnt, at reguleringen af fx svangerskabsafbrydelse, andre reproduktive ydelser og stamcelleforskning er meget forskellig i de enkelte medlemslande.

Hvis man skal pege på nyere udviklingstræk inden for abortområdet, der udfordrer den nationale kategorisering af fosteret, kunne nævnes markedsintegrationen og unionsborgerskabet. Disse figurer har genereret en række retligheder som led i gennemførelsen af det Indre Marked, herunder princippet om fri bevægelighed, som i særlig grad sætter kategoriseringen af fosteret og det befrugtede æg under pres. Den nationale lovgiver kan således fortsat knytte de retlige kategoriseringer til nationalt fastsatte parametre, men vil i stigende grad få svært ved at gennemtvinge afvejningen af de bestemmende

---

<sup>24</sup> Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings, 12.1.1998.

<sup>25</sup> Explanatory Report of the Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine on the Prohibition of Cloning Human Beings, (ETS No. 168).

faktorer overfor de kvinder, der har ressourcer til at købe ydelser i andre medlemslande. Abortindgrebet er således ikke længere kun en sundhedsydelse, men også en tjenesteydelse. Med fremkomsten af de hensyn og rettigheder, der følger af EU-retten, er der således tilføjet en ny faktor, der kan blive medbestemmende for fosterets status.

I forbindelse med stamcelleforskning forholder det sig anderledes. Her har andre etiske opfattelser end den nationale et grænseoverskridende element, der kan indskrænke det felt, den enkelte stamcelleforsker kan bevæge sig ind på, i hvert fald hvis forskningen skal udføres med midler fra EU's rammeprogrammer. Selvom det etiske domæne er et nationalt anliggende, sker der således alligevel en de facto harmonisering udmøntet i retningslinjerne for allokering af EU-forskningsmidler.

Men kan medlemslandene overhovedet opretholde separate etiske grænser inden for de retsområder og behandlingstyper, der kan betragtes som kontroversielle? Selvom det er uklart, hvornår et spørgsmål kategoriseres som etisk eller moralsk problematisk, og hvornår en sådan kategorisering er fællesskabsretlig relevant,<sup>26</sup> er abortområdet som nævnt et eksempel på, at medlemslandene i hvert fald ikke kan gennemtvinge en national etisk opfattelse overfor sine borgere, idet borgeren, hvis de nationale moralske bånd er for snærende, frit kan opsøge ydelser i andre medlemslande. I det følgende afsnit vil jeg præsentere det tredje fremtidsscenario, som måske yderligere kan udfordre forestillingen om opretholdelse af nationale etiske grænser.

### 3.3.2. *Behandling med stamcelleterapier*

Det tredje fremtidsscenario udspiller sig i en måske ikke særlig fjern fremtid. Stamcelleforskningen har indfriet sine løfter og givet resultat, og det betyder, at stamceller og stamcellelinjer nu er taget i klinisk brug. Måske er effekten nærmest mirakuløs; den, der var ramt af Parkinsons syge, er ikke længere plaget af rystelser og motoriske vanskeligheder, den, der var ramt af Alzheimers, har forladt plejehjemmet og fået sit liv, sin bolig og hukommelse tilbage, diabetikeren behøver ikke insulin, og listen af patienter, der venter på donerede organer, er væk – nu venter de blot på, at deres nye organ vokser sig til en passende størrelse i laboratoriet.

---

<sup>26</sup> Inden for den humane del af de bioretlige spørgsmål kan der ud over abort og embryonal stamcelleforskning fx også peges på etikklauselet i forhold til patentering af bioteknologiske opfindelser. Umiddelbart synes fællesskabsretten at vægte etiske argumenter på højst forskellige måder inden for disse emner, og inddrages den animale del af bioretten, synes kategoriseringen af de etiske problemfelter og deres retlige relevans at blive yderligere uklar.

Alle disse behandlinger er startet med et befrugtet æg. Måske endda et klonet eller cybridt æg, hvor patientens egen hudcelle er blevet kernetransplanteret i en ægcelle. Grundlaget for disse ”mirakler” er altså forskning og teknikker, som i nogle lande er tilladt og i andre lande er forbudt, eller i hvert fald undergivet restriktioner.

I Danmark gælder der ikke særregler for behandling med stamceller;<sup>27</sup> ministeren anførte således i forbindelse med den ændring af befrugtningsloven, der åbnede for stamcelleforskning, at ”for så vidt angår ibrugtagning af nye behandlingsmetoder, der baserer sig på stedfunden stamcelleforskning, og som resulterer i nye behandlinger, er det ministeriets opfattelse, at det er de gængse regler for ibrugtagning, der skal finde anvendelse ..., hvorefter al lægelig behandling og anvendelse af nye metoder som hovedregel er underkastet reglerne i [autorisationsloven] og i loven om det videnskabetiske komitésystem ... Metoder til behandling af menneskelige sygdomme, udviklet gennem forskning på stamceller udtaget fra befrugtede æg, har ikke den samme følsomme karakter, som er gældende for forskning, der direkte berører områder, hvor resultatet er skabelse af et menneske. På dette område bør – som nævnt – de almindelige regler finde anvendelse, svarende til retstilstanden for anvendelse i behandlingsøjemed af voksne stamceller.”<sup>28</sup>

Gennembruddet i stamcellebehandling vil utvivlsomt revitalisere den etiske og retlige diskurs om disse grundlæggende problemstillinger i de lande, der er skeptiske over for stamcelleforskning; at der nu er konkrete goder – og ikke bare gyldne fremtidsløfter – forbundet med teknologien, kan i sig selv medføre, at afvejningen mellem de relevante aktører og hensyn nu kan falde anderledes ud. De lande, der herefter fortsat anser det befrugtede æg for at have en tungtvejende etisk status, vil måske ikke tilbyde behandling med stamceller. Men kan staten overhovedet tilbageholde sådanne terapier fra en syg befolkning? Den dag behandlingen anses for sædvanlig i lægekredse, vil unionsborgeren under alle omstændigheder kunne rejse til andre medlemslande og få behandling der, som enten hjemlandets eller værtslandets sygesikring skal afholde udgifterne til.

På nuværende tidspunkt er de gyldne løfter imidlertid endnu ikke indfriet. Ikke desto mindre udbydes der allerede stamcellebehandlinger i visse lande – behandlinger, hvis lodighed er tvivlsomme, og som i værste fald er farlige

---

<sup>27</sup> Se dog vævsdirektivet og vævloven, som vil finde anvendelse. Denne regulering beskæftiger sig dog primært med udtagning, distribution og anden teknisk kvalitetssikring.

<sup>28</sup> Folketingets samling 2002-2003, L 209 – Forslag til lov om ændring af lov om kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning m.v. (forskning på embryonale stamceller), almindelige bemærkninger, pkt. 5.2.



for patienten.<sup>29</sup> Disse behandlinger er fx blevet udbudt af det amerikanske firma *Biomark*, herunder også gennem klinikker i London og Rotterdam.<sup>30</sup> I dette tilfælde savnes international eller fællesskabsretlig konsensus, idet en beskyttelse af disse patienter formentlig bedst varetages gennem international regulering.

## 4. Om den retlige kategoriseringsproces

### 4.1. Hvad er barnets navn?

Regulering af bioretlige spørgsmål handler i høj grad om at placere organismer, teknologier og praksisser i retlige kategorier og i en retlig begrebsverden.

At navngive subjektet i en retlig klassifikation er normalt det første skridt i tildelingen af retlig status, idet det via sin genkendelighed placeres i et bestemt beskyttelsesfelt. Som skitseret i kapitel 2 og 3 har det traditionelt været svært at placere fosteret i de personretlige kategorier. Den traditionelle personret opfanger således ikke den retlige kategorisering af fostre og befrugtede æg, der rent faktisk finder sted i retten, og som blev belyst i afhandlingens analysedel. Derudover har den personretlige kategoriseringsproces traditionelt taget udgangspunkt i spørgsmålet om, hvem der kan anses for at være en person eller blive personificeret som sådan (at navngive retssubjektet). I dag peger udviklingen dog snarere mod et behov for en bredere begrebsmæssig afklaring af, hvem der er eller kan kategoriseres som menneske eller menneskelig. Uanset om den retlige diskurs angår personen eller mennesket, vil udfordringerne dog være sammenfaldende. Hverken etikken eller naturvidenskaben kan således levere entydige eller objektive svar, ligesom brugen af cybrider i stamcelleforskningen er et eksempel på, at naturvidenskab og teknologi også i fremtiden må forventes at bringe grænsesubjekter frem i lyset, som er svære at stabilisere i rigide retlige kategorier.

Den kategorisering, hvorved retten håndterer fostre og befrugtede æg, kan – som belyst i denne afhandling – karakteriseres som kontekstafhængig, idet klassifikationen af subjektet sker under inddragelse af forskellige typer af hensyn og kontekster. Befrugtede æg og fostre bliver således ikke håndteret retligt på en ensartet eller kohærent måde i den forstand, at hvorvidt deres retlige position er knyttet til forestillingen om noget tingsligt eller person-

---

<sup>29</sup> Peter Braude, Stephen L. Minger & Ruth M. Warwick: *Stem Cell Therapy: Hope or Hype?* i *British Medical Journal* (2005) 330, p. 1159-1160.

<sup>30</sup> Se <[www.news.bbc.co.uk/2/hi/health/4985230.stm](http://www.news.bbc.co.uk/2/hi/health/4985230.stm)> /sept. 2007.

ligt, i høj grad afhænger af de aktører og hensyn, som må tages i betragtning i den konkrete kontekst.

”medical law is, in large part, a process of naming, blaming, claiming and declaiming ... naming – is this person ‘ill’, ‘chronic’, ‘acute’? and so on; blaming – exploring questions of individual and state responsibility for health and healthcare, and our collective responsibility for other nations’ health; claiming – what are our entitlements to healthcare, of access to services? and declaiming – about saying who we are and whom we want to become, giving a moral and symbolic emphasis to law.”<sup>31</sup>

På trods af dette er der samtidig i nogle kontekster en tendens til at fastholde et traditionelt personretligt syn, frem for at anskue fosteret som en *casus sui generis*, hvis retsposition og retlige status kan være dynamisk; i *Vo v. France* kunne kvinden således ikke opnå en direkte retsbeskyttelse for sit foster, formentlig fordi det at navngive fosteret som et rettighedssubjekt i denne kontekst blev knyttet til en frygt for, at denne status ville kunne udvides til andre områder, eksempelvis fri abort. Ved at fastholde det traditionelle begrebsapparat bliver kvindens ret til at stifte familie således dårligere beskyttet end hendes ret til abort. Den klassiske opfattelse af fosteret, hvor det kategoriseres som en ting, bruges således i dette tilfælde til at sikre, at kvinden ikke kan blive kategoriseret som et hylster, men samtidig på bekostning af kvindens retlige position i andre kontekster.

Den teknologiske udvikling vil placere fostre og befrugtede æg i nye sammenhænge. Dette vil i stigende grad cementere nødvendigheden af at få blik for, at fostre og befrugtede æg kategoriseres på baggrund af en række parametre, hvorved de får forskellig status i forskellige kontekster og relationer. Men udviklingen i biovidenskaberne vil også byde på *nye retlige hybrider*. I dette perspektiv kan afhandlingens analyse af den retlige kategorisering af fostre og befrugtede æg ses som en case, der kan bidrage til overvejelser om den retlige håndtering af fremtidens retlige hybrider.

#### 4.2. Rettens forestillinger om naturvidenskaben

Som jeg allerede har været inde på, er den retlige håndtering af fostre og befrugtede æg præget af en tendens til at undgå værdidiskussioner. Lovgiver benytter sig snarere af naturvidenskabeligt funderede grænser og begrundelser som en måde at regulere værdimæssige spørgsmål.

---

<sup>31</sup> Derek Morgan: *Science, Medicine and Ethical Change* i Andrew Bainham, Shelley Day Sclater & Martin Richards (eds.): *Body Lore and Laws*, Oxford, 2002, p. 329-342 (330-331).

Det kan give sig udslag i, at retten udfyldes af biologien, retlige begreber overlades til biologiske kategoriseringer, eller retten optager biologiske kategoriseringer og transformerer dem mere direkte til noget retligt. Andre gange bruger retten biologi og lægevidenskab som en kappe, der indhyller normativ regulering og svære værdivalg i videnskabelig objektivitet.<sup>32</sup> I begge tilfælde ser retten den biologiske videnskab som noget objektivt, der kan give håndfaste svar. Som det imidlertid blev belyst i analysedelen, har de aktører og hensyn, der blev identificeret i kapitel 3, også en betydning for den biologiske kategorisering. Svaret på, hvornår et befrugtet æg kan defineres som overskydende, er eksempelvis ikke naturgivet og kan ikke erkendes eller deduceres ved anvendelse af naturvidenskabelige metoder – tværtimod er denne klassifikation relationsbundet og subjektiv.

At retten kan have brug for at benytte biologien og lægevidenskaben som en kilde til objektiv viden, kan måske begrundes med, at retten traditionelt må træffe afgørelser ”her og nu”. Det betyder, at retten i mindre grad har blik for, at naturvidenskaben er en proces i stadig udvikling, og som indeholder underfundigheder, usikkerheder og kompleksiteter.<sup>33</sup> Naturvidenskaben er således ikke altid egnet til at bruge som alibi for at træffe værdivalg eller som en måde at undgå at træffe værdivalg – i hvert fald ikke, når retten forvandler naturvidenskabens usikkerheder og kompleksiteter til forenkede og stationære grænser, der fremstår objektivt funderede, sådan som det eksempelvis er tilfældet, for så vidt angår 12-ugers-grænsen.

Sheila Jasanoff er også kritisk over for rettens forestillinger om naturvidenskaben og anfører, at rettens ”forskansede ærbødighed” over for lægefaglig ekspertise forhindrer muligheden for begrebsmæssig udvikling.<sup>34</sup> Denne begrebsmæssige udvikling er, som anført ovenfor, efter min opfattelse en forudsætning for håndteringen af retlige hybrider i lyset af de fremtidige scenarier.

### 4.3. Prioritering og afvejning

#### 4.3.1. Indledning

Selvom hverken etikken eller naturvidenskaben kan levere entydige svar på, hvordan retlige hybrider skal håndteres, er det ikke ensbetydende med, at *retten* ikke kan håndtere disse dilemmaer og problemstillinger.

---

<sup>32</sup> Se også Sheila Jasanoff: *Science at the Bar – Law, Science and Technology in America*, Cambridge, 1995, p. 207.

<sup>33</sup> Se også Carl F. Cranor: *Toxic Torts – Science, Law and the Possibility of Justice*, New York, 2006, kapitel 6.

<sup>34</sup> Sheila Jasanoff: *Science at the Bar – Law, Science and Technology in America*, Cambridge, 1995, p. 211-213.

Retlige hybrider er karakteriseret ved at udfordre såvel den naturvidenskabelige, etiske og retlige klassifikation. Retlige hybrider er derfor svære at kategorisere i det binære begrebsapparat, som personretten traditionelt har benyttet sig af. I stedet må man i højere grad få blik for, at de subjekter, retten bliver stillet over for at håndtere i den bioteknologiske tidsalder, indeholder usikkerheder og kompleksiteter, men også forskelligartede potentialiteter, der kan vælges til eller fra i forskellige kontekster. Dette taler for, at teorien også må få blik for en *sui generis* løsning, dvs. en mere fleksibel kategori for retlige hybrider, der krydser og falder uden for de kategorier, retten normalt arbejder med.

#### *4.3.2. Et retligt udgangspunkt*

En farbar vej i håndteringen af retlige hybrider kunne være at tage et retligt udgangspunkt. Dette udgangspunkt kan relateres til en retlig udviklingstendens, der – navnlig i relation til abort – allerede synes at være ved at udfolde sig:

Som nævnt er abortreguleringen i høj grad bygget op på et sundhedsfagligt fundament, hvor lægevidenskabelige grænser bruges som rationale for retlige grænser. Det sundhedsfaglige perspektiv har betydet, at der hverken i regelsættet eller forarbejderne er blik for, at abort er en sundhedssydelse, der kun gives til kvinder; ligestillingsperspektivet – og børneperspektivet, for så vidt angår mindreårige piger – har således fået en begrænset opmærksomhed. Anskuede man abortreguleringen mere bredt under inddragelse af et ligestillingsperspektiv, ville det være nødvendigt at have mere fokus på, at der er tale om et indgreb, som af åbenbare biologiske og fysiologiske årsager udelukkende udføres på kvinder.<sup>35</sup> Man kan argumentere for, at dette ville medføre en mere udtrykkelig stillingtagen til legitimiteten af statslig regulering af indgreb, der udelukkende indskrænker *kvinders* kropslige autonomi, og dermed en ekspliciteret stillingtagen til fosterets etiske status. En sundhedsfaglig begrundelse fungerer derimod som en måde, hvorpå lovgiver undgår en grundlæggende stillingtagen til abortspørgsmålets moralske dimensioner.

Markedsintegrationen er en figur, der har understøttet adgangen til svangerskabsafbrydelse, og som også repræsenterer en tilgang til abortspørgsmålet, der er afkoblet fra fosterets etiske status. Denne figur har fungeret som en motor for kvinders rettigheder ved at muliggøre, hvad nogle ville kalde ”abortturisme” på tværs af medlemslandene. EU-retten hindrer således på

---

<sup>35</sup> Se også Laura M. Purdy & Michael Tooley: *Is Abortion Murder?* i Laura M. Purdy (ed.): *Reproducing Persons – Issues in Feminist Bioethics*, New York, 1996, p. 110-127 og Ronald Dworkin: *Life’s Dominion*, New York, 1993, p. 54-56.

den ene side ikke, at de enkelte medlemslande kan have en restriktiv adgang til svangerskabsafbrydelse, men faciliterer på den anden side borgernes mulighed for at bevæge sig i form af retten til fri bevægelighed. EMD har derimod traditionelt koblet abortspørgsmålet til det moralske og har derfor været tilbageholdende med at tage stilling til de retlige aspekter af abortspørgsmålet. I *Tysiac v. Poland* understregede EMD på den ene side, at det ikke var domstolens opgave i den konkrete sag at undersøge, hvorvidt EMRK garanterer en ret til abort, idet kvinden i sagen allerede havde en ret til abort efter den nationale lovgivning, når der var fare for hendes liv eller helbred. Men på den anden side fremstår dommen alligevel som første skridt i retning mod en mere dynamisk og formålsrettet fortolkning i abortspørgsmålet, hvor den effektive respekt for integriteten synes at forudsætte, at der skal være adgang til terapeutisk abort, for at en stat kan leve op til sine positive forpligtelser. EMD har dermed taget første skridt på den vej, der kan føre til en mere offensiv fortolkning af retten til abort, hvor der tages udgangspunkt i et individrelateret rettighedsperspektiv. Denne afklaring kan ses som en del af den menneskeretlige udvikling, hvor de sociale rettigheder i højere grad beskyttes mod indgreb.<sup>36</sup>

En bredere anvendelse af dette rettighedsperspektiv i abortspørgsmålet kan betyde, at man ikke tager udgangspunkt i den moralfilosofiske uenighed om fosterets etiske status, men derimod tager udgangspunkt i individet og retlige figurer som fx privatlivsbeskyttelse, ret til behandling og ligestillingshensyn og derigennem fastlægger omfanget af retten til abort, og hvordan konkurrerende rettigheder skal afvejes over for hinanden, som man netop gjorde i *Tysiac*-sagen.

Det retlige udgangspunkt indebærer efter min opfattelse en *identificering* af, hvilke retlige problemstillinger der er på spil, en *placering* af problemstillingerne i egnede retlige rammer under hensyntagen til de drivkræfter, der følger af denne placering, og en mere udtalt vilje til at foretage den herpå følgende *prioritering* og *afvejning* mellem de involverede aktører og hensyn.

Reguleringen af stamcelleforskning, der oftest karakteriseres som pragmatisk, udgør efter min opfattelse et område, hvor ansatsen til et retligt udgangspunkt findes. For det første afspejler den menneskeretlige ramme, navnlig Unesco's Bioetikdeklaration, at kategoriseringen af det befrugtede æg er relationsbundet, idet der er særlig fokus på den proces, hvorigennem kategoriseringen forhandles og fastlægges. For det andet blev muligheden for at forske i stamceller indføjet i befrugtningsloven på baggrund af en identi-

---

<sup>36</sup> Se Kirsten Ketscher: *Folkepension i 50 år* i Juristen 2007 p. 111-120 (119).

ficering af, hvilke retlige problemstillinger der var på spil. Hensynet til forskning i sygdomsbehandling blev således tillagt tung vægt i afvejningen over for hensynet til det befrugtede æg, hvilket afspejles i prioriteringen af de parametre, der har betydning for kategoriseringen af det befrugtede æg. I forhold til de fremtidsscenarier, der venter inden for stamcelleområdet, savnes således kun, at reguleringen placeres i egnede retlige rammer, idet den nuværende udformning i befrugtningsloven udspiller sig i et krydsfelt af hensyn, der både relaterer sig til fertilitetsbehandling og sygdomsforskning. Dette er eksempelvis uhensigtsmæssigt i forhold til brug af cytoplasmiske hybrider i stamcelleforskningen, idet denne anvendelse ikke relaterer sig til frembringelse af levende hybrid-individer, men alene til forskning i regenerativ medicin og sygdomsforståelse.

Det, der kan betegnes som en pragmatisk kategorisering, knytter sig således i denne sammenhæng til en retlig prioritering af de identificerede hensyn. Denne prioritering må også ske ud fra rettens grundværdier. Det retlige udgangspunkt forskyder således håndteringen af retlige hybrider fra det naturvidenskabelige og lægefaglige til en retlig prioritering, som dermed bliver et ekspliciteret værdivalg. Sådanne udtrykkelige værdivalg har også vist sig at være en forudsætning for en dynamisk retlig håndtering i den britiske regulering af embryonale stamceller og forskning på befrugtede æg.

En kategorisering med dette udgangspunkt indebærer, at fostre og befrugtede æg netop bliver en *casus sui generis* – eller hvad man kunne kalde en retlig hybrid, dvs. en entitet, der nok indeholder genkendelige elementer fra de traditionelle retlige kategorier, men som må klassificeres som en egenart. Det betyder, at de kan tillægges retsbeskyttelse og retlig status i én kontekst (eksempelvis i en situation som i sagen *Vo v. France*), uden at de herved kategoriseres som retssubjekter i den traditionelle personretlige forstand, som kun kan opnås, hvis kvinden følgelig kategoriseres som et underordnet hylster. Herved kan fosteret i en anden kontekst tillægges en anden retsbeskyttelse og retlig status, idet man ved at identificere og placere problemstillingen i egnede retlige rammer og kategorier er i stand til at have en større opmærksomhed på, at fostre og befrugtede æg indgår i forskellige kontekster, og at flere forskellige parametre kan have betydning for kategoriseringen af disse grænsesubjekter.

Den løsning og begrebsmæssige afklaring, som retten søger uden for sig selv, kunne således snarere søges internt, hvilket åbner for en mere dynamisk håndtering af grænsesubjekter.



## Summary in English

The objective of this thesis – entitled ‘*Legal Hybrids – on the Legal Protection of Foetuses and Embryos*’ – is to analyse how the fertilised egg, embryo and foetus are categorised legally within various fields that have also proved difficult to resolve bioethically.

This summary offers a brief introduction to some of the issues raised in the thesis.

Chapter 1 introduces the thesis and the topic illustrating how the concepts of life and death have become contested categories both scientifically and legally. Furthermore, advances in technology have brought the foetus and the embryo into light in new contexts, stressing the legal uncertainty with regard to their legal status.

### **1. The Biolegal Perspective**

In chapter 2 and 3 I present the methodological framework. Chapter 2 accounts for the *biolegal perspective*, its basic legal principles, the legal interpretation and the biolegal regulation and case-law. The history of the biolegal field is accounted for and the biolegal principles are introduced. The relationship between biolaw and bioethics is linked to Ronald Dworkin’s theory of jurisprudence.

The thesis’ analysis draws on inspiration from the social science research field ‘Science and Technology Studies’ and the ensuing implications for the legal analysis and interpretation are accounted for.

The anthropological concept of categorisation has been a further source of inspiration. Categorisation is a tool by which social actors and groups categorise people and objects and it is an essential medium through which people acquire status. In legal theory a classification of legal subjects also takes place with considerable implications for the subject’s legal status. In law personhood is one of the most important categories in terms of acquiring legal status.

Foetuses and embryos are not viewed as persons in traditional theory on legal personhood. Consequently, there are no legal grounds for distinguishing



between the legal status of a fertilised egg and a viable foetus. This does, however, not seem to offer an adequate description of the legal position of the foetus and the embryo.

The thesis intends to uncover which categories the law places foetuses and embryos in and to identify the parameters that place embryos and foetuses in different legal categories thus awarding them different status.

## **2. Legal Categorisations and the Interplay between Science, Ethics and Law**

Chapter 3 places the subject of the thesis in a *conceptual framework*. In order to undertake the analysis it is first of all necessary to look at the platform which constitutes the starting point of the analysis by clarifying how the embryo and foetus have traditionally been viewed in terms of legal categorisations. The human foetus has always been an entity which has proved difficult to place in the legal landscape, as it is placed in the borderline territory between the legal concepts of *personhood* and *property*. It has been equally difficult to categorise the embryo and the foetus in bioethical theory.

However, the categorisations of the embryo are also contested within biological science. As biolaw and bioethics both concern applications and consequences of biology and biomedicine it is important to consider the scientific categorisation of the beginning of life as well. In terms of biology the different stages of the beginning of life are categorised differently based on biological, anatomical and morphological characteristics. The terms fertilised egg, blastocyst, pre-embryo, embryo and foetus are used to denote the various stages of embryonic development and although the terms describe the same organism in different stages of its development, the terms are not synonymous. The boundaries of each biological category are not objective as there is some debate within the scientific community as to the correct terminology depending on which characteristics are emphasised as significant for the categorisation.

The biological understanding of an embryo has traditionally related to the fertilisation of a human ovum with a human sperm. As scientific progress has removed the process of fertilisation from its hiding place in the female womb and brought it into the Petri dish and the bright light of the laboratory basic biological understandings are not necessarily true anymore. Fertilisation today is not always based on the traditional biological components, as is the case in relation to cell nuclear transfer and cytoplasmic hybrids. As a result it is unclear if embryos created by means other than fertilisation between egg and sperm can be categorised as *human* and if the process that

created such an entity can be categorised as a *fertilisation*. New categories of fertilised eggs have also been brought to light, including those that do not have *fertility potential* or are referred to as *surplus* because they are not used in IVF treatment.

But what role, if any, do biological categorisations play in the legal world? As an introduction to this question of the relationship between biology and law, I consider the Danish parliamentary debate of 1986 on the introduction of the Council of Ethics. The proposed Act establishing the Danish Council of Ethics included a remark directing the Council to base its considerations on the assumption that life begins at conception. This remark caused much controversy and in order to clarify the interpretation two expert statements were obtained from the Central Committee on Biomedical Research Ethics and the Research Council on Medical Science. Both emphasised that fertilisation was a necessary but not sufficient biological event for the creation of a human individual. Exactly when the conceptus should be regarded as a human individual was therefore not a question that biological science could provide an answer to but rather a question of a philosophical and/or religious nature. The process illustrates how biology can sometimes be relied upon to play an interpretative role in law. In chapter 4 it is further illustrated how concepts in the law are left to scientific interpretation (e.g. pregnancy is not defined legally but rests entirely on scientific categorisations) and how a scientific categorisation can be transformed to an explicit legal concept (e.g. the legal definition of death).

Since science could not provide objective answers to the question of the beginning of life but referred to philosophy, I move on to presenting various ethical views on the status of the embryo and foetus. Ethical theories view the status of the embryo and foetus differently, depending on what is seen as constituting moral agency. All of the philosophical arguments presented in this chapter do, however, acknowledge that an entity can obtain a derived moral status. This corresponds to what Joseph Raz calls a parasitical right in terms of legal rights.

Next, I explore the correlations between ethical and legal categorisations and discuss how law can be seen as the outer expression of ethics and how ethics can play a role in legal argumentation.

Having explored the categorisation of the embryo in biology and ethics and the relationship between biology and law and ethics and law, I examine how the embryo and the foetus are categorised legally.

### *Summary in English*

It can be difficult to place “legal hybrids” such as embryos and fetuses within the legal framework, as these entities transcend the traditional legal categories of person and property (thing). How the embryo is categorised in terms of these legal concepts is pivotal for the scope of legal protection afforded to it.

In the traditional legal way of thinking we distinguish between persons and property. Persons are individuals who possess integrity and basic liberty rights and thus cannot be owned by other individuals. Property, on the other hand, is an object that a person can possess both in a physical and legal sense. Rights and duties surrounding property relate to the person who owns the thing or regulate the relationship between different persons with regard to possession of the thing. The distinction between person and property stems from ancient Roman law, thus the *corpus juris civilis* distinguished between the law of persons and the law of property. Not all human beings were categorised as persons as slaves were considered property. The human foetus was afforded a special status between an anticipated person and a *res futura* (future thing). Thus the foetus did not have any legal status in general, except in relation to rights pertaining to property and inheritance, where the principle of *nasciturus pro jam nato habetur (quotiens de commodia ejus agitur)* was applicable. The rights were, however, dependant upon the foetus being born alive as a foetus which did not result in the birth of a child was considered a thing which had never existed.

The human body and bodily parts have also traditionally been seen as property regardless of it being alive or dead. Since components of the human body, such as genes, tissues and cells, can now be isolated and used therapeutically as a product, the issue of whether bodily components can be categorised as objects has, however, caused much debate, e.g. in relation to patenting of stem cells and stem cell lines.

In traditional Danish (and indeed most Western) theory of legal personhood and law of persons all human beings were categorised as persons from the moment of birth. Status of legal personhood acknowledged the individual as a legal being with the ability to have rights and duties. Property and goods such as companies could be categorised as fictitious persons. The legal protection thus afforded was, however, not for the benefit of the thing but for the person holding ownership of it.

The traditional view sees a degree of autonomy as a prerequisite for obtaining legal status, in order for the person to be able to exercise its rights in relation to other persons. The idea of one legal person being inside the womb of another legal person is hard to grasp in this framework and either the woman or the foetus must according to this logic be categorised as a thing

(or a vessel) in order for the other to be categorised as a person. This theory has been challenged by several legal scholars over time. The influential Danish jurist Alf Ross dismissed the traditional theory of legal personhood arguing that the idea that only human beings could be categorised as persons rested on metaphysical assumptions that placed humans at the centre of all things. The concept of personhood was rather a socially constructed category and he argued that the decision to afford legal personhood did not take place outside the law (e.g. in ethical categorisations) but rather was constructed internally by the law, making personhood an arbitrary concept. Furthermore he dismissed the idea that the ability to have rights and duties could not be separated. Foetuses and animals are pointed out as entities which can hold rights but not duties.

The issue of legal personhood, i.e. the question of who can be afforded rights, is often framed as a question of whether or not the foetus is a person. Mary Warnock points out that anyone who tries to base the question of personhood on factual or scientific criteria is bound to fail. Newborns, infants and the mentally incapacitated are invariably going to cause trouble fitting in to such criteria. The concept of personhood should rather be seen as a forensic term connected to the decision of who is afforded rights. Thus a right-holder is a person. This leads me to a discussion of whether the concept of rights rather than the concept of personhood could be a more fruitful point of departure.

The concept of rights has gained a growing legal significance and has been used actively as a tool, e.g. in human rights, to create equality and improve the legal status of various groups, such as women, children and minorities. The fact that the circle of individuals protected by rights has been widened thus including new individuals who were already seen as legal persons is not in itself a basis for arguing that new entities, whose status of personhood is debatable, should be included in the expanding circle of right-holders. However the concept of a legal right has changed over time, and does not only include a sphere of liberty protected from intrusion but also includes actions or services which must be made available or given to the right-holder. I demonstrate how a right can flow from a corresponding duty, making it possible for the foetus to be a right-holder. That does, however not imply that the rights of others, i.e. the woman, is weakened. Right-holders are not afforded the same rights, and the strength of a right depends on the ability to enforce one's rights vis-à-vis others. The rights-perspective thus does not offer a comprehensive solution to the question of how the foetus can be categorised legally. It does, however, contribute to a new perspective together with the concept of derived status borrowed from ethical theory,

both of which could be useful in examining the legal categorisation of the foetus, which in my opinion should be viewed as a *casus sui generis*.

As I have established that the foetus can obtain legal protection through other legal agents but that the level of protection also depends on the strength of the rights of others, I proceed to present the relevant legal agents and their rights. This presentation of agents and rights involved in the process of categorising the foetus includes the woman (bodily autonomy, motherhood, equality), the man (paternity rights, the scope of his reproductive autonomy vis-à-vis the woman's bodily and reproductive autonomy), the health care staff (conscientious objections), researchers (scientific freedom), people suffering from diseases (right to health, obligation to provide them with treatment and cures through research) and society (legislation and how it is used to promote, uphold or protect certain values).

### **3. Abortion**

Chapter 4 offers an analysis of how the foetus is categorised in the context of *abortion*. This is a legal field where historically the opposing interests of the woman and the foetus have been weighed differently and given rise to much debate and controversy on the moral and legal status of the foetus.

First of all, the human rights and community law framework is uncovered to identify the basic legal considerations that have an impact on the rights of each legal agent and the balancing between them. The fact that the foetus is surrounded by other legal agents entails that the legal status of the foetus must be identified through a discussion of the interfaces between the foetus and the surrounding legal agents. Thus the analysis of the various legal means of obtaining an abortion in Danish law takes its starting point in the balancing between the relevant legal agents.

According to the Danish Health Act women have an autonomy-based legal right to have an induced abortion within the first twelve weeks of pregnancy (free abortion). After the twelve week limit women can obtain permission to have an induced abortion on medical, ethical, eugenic or social grounds. After the point of viability permission can only be given on eugenic grounds and only if the illness is of such a serious nature that the child is unlikely to survive for more than a short period of time after birth. If the abortion is necessary in order to save the woman's life or prevent serious damage to her health, the doctor may perform an induced abortion at any time regardless of viability and without obtaining permission.

The analysis shows that the legal categorisation of the foetus to a large extent depends on the nature of the legal considerations at stake and on which

legal agents are involved in the legal balancing act. Generally though, the foetus is ascribed an increasing legal status concurrent with the stages of pregnancy until the point of viability when it is categorised as an entity worthy of a level of legal protection which is almost similar to that of a traditional legal person. This status does, however, only apply in relation to termination of the pregnancy.

The justification for regulating abortion is primarily based on a consideration for the woman's health and not on an explicit moral view of the foetus. The concept of pregnancy is not defined legally, and so already at the onset of the question of the applicability of the law, the legal status is tied to biological and medical categorisations. The question of when a pregnancy has occurred, and when the legal provisions concerning abortion are applicable is thus an empirical question of a scientific nature.

The consideration for the woman's health has also been used to justify the scope of the woman's legal right to have an induced abortion; allowing her an autonomy-based right to abortion but only within the first twelve weeks of pregnancy. Recently the Association of Gynaecologists and Obstetricians who originally recommended the 12 week limit, suggested changing the limit to 18 weeks since all women are now offered foetal diagnostics but are not given full autonomy to act on the information revealed by the diagnostic services, as these services are performed after the 12<sup>th</sup> week of pregnancy. Parliament was dismissive about changing the law. In this context I argue that legislation uses biological and medical categorisations as an alibi for ethical considerations which are not explicit, and criticise that the argumentative frame connected to biology and medical science as a result is not used consistently to change the limit to 18 weeks.

#### **4. The Right to Life, Health and Treatment**

Chapter 5 looks at the legal status of the *foetus in vivo* in relation to the right to life, health and medical treatment. The fact that the legal status is closely connected to the woman's rights is to some extent evident due to the special bodily connection between the two. While this relationship has traditionally been examined from a conflict based point of view, it is equally important to consider the status of the foetus from a harmony based perspective, as the foetus also achieves substantive protection derived from the woman's rights. Although the human rights framework does not protect the foetus' right to life and health, attention has been given to this mechanism whereby the foetus obtains a legal status, which is implemented and unfolded through the woman. This legal protection is, however, fully dependant on the woman's autonomous choices and the protection is thus derived from and subordinate

to the woman's rights. Within the human rights framework the question of the legal status of the foetus and the embryo to a large extent falls within the state's margin of appreciation namely due to the fact that there is no European consensus on this issue.

In Danish law the foetus does have a basic legal status, as the regulation of abortion would otherwise be unnecessary. This does, however, not entail that there is a right to ensure that the foetus is born alive or healthy by employing force or coercion. A special status does, however, seem to be afforded the viable foetus, which is *about to be born*, especially in connection with the performance of caesarean sections without consent. There is, however, no legal means of ensuring the birth of a healthy child by using coercion, as all interventions require a preceding consent. In a situation of conflict the woman's interests and right to autonomy are afforded more weight than the interests of the foetus. The foetus does, on the other hand, gain a derived status through the special status that is assigned to the pregnant woman, e.g. in connection with antenatal care, medical treatment and safety regulations on working environments. In connection with working environments and biomedical research the law provides limits for what a foetus can be exposed to and these limits are independent of the woman's autonomy.

## **5. The Cadaveric Foetus**

Chapter 6 deals with the *cadaveric foetus*. This entity represents a particular challenge in terms of legal categorisation, as the status of the dead body and of the foetus both give rise to discussion. The dead person and body are protected in both criminal law and the Data Protection Act. The cadaveric foetus is categorised legally as a stillborn *child* if born after 22 weeks' gestational age without showing any sign of life and regardless of the circumstances, i.e. a late induced abortion will also be considered a stillborn child. The limit was changed in 2004 from 28 weeks with reference to progress in the treatment of prematurely born children. The primary reason for changing the limit was, however, to respect parents' wishes to have their grief over the loss of a child acknowledged legally. The 22 week limit is linked to other legal instruments used to categorise a child as a legal person: the cadaveric foetal body is protected by criminal law, registration of the birth with the authorities is mandatory, the body must be buried or cremated, the parents are entitled to receive public welfare benefits such as maternity benefits and financial aid towards the cost of burial and paternity can be legally recognized.

A foetus born dead prior to the 22 week limit is considered an aborted foetus. The cadaveric foetal body is not required to be treated with respect ac-

cording to criminal law, a doctor is not required to make a death certificate, and burial or cremation is not required by law. Parents wishing to bury the aborted foetus can do so, but unless special preferences are requested the cadaveric foetus is legally regarded as clinical risk waste and disposed of with other clinical waste products.

In other contexts the aborted foetus has a legal status which differs from other bodily cells and tissues. The woman cannot register restrictions in the Central Registry on the Usage of Tissue, which in other cases allows patients to restrict use of their stored tissue, e.g. to research or treatment purposes. Furthermore, the tissue from those foetuses which are categorised as abortions, rather than dead children, is not regulated by the Data Protection Act. As a result hospitals can freely process, store and disclose the tissue.

Cells and tissues from aborted foetuses can be used in many contexts; for research purposes, for diagnostic or therapeutic purposes or for commercial purposes. Usage of embryos for research or commercial purposes reflects a special legal categorisation, as the law sets limits for this usage that cannot be derogated from even with the woman's consent. It is, however, possible to categorise the aborted foetus as property/a thing if it has been subjected to scientific processes in order to use it commercially.

## **6. Embryos and Embryonic Stem Cell Research**

Chapter 7 explores the legal framework for *embryonic stem cell research*. How the fertilised egg is categorised in connection with research is also an important part of the analysis uncovering the legal categorisation of the embryo. In this context the categorisation takes place in a landscape that involves considerations relating to scientific freedom, treatment of serious illnesses and wider interests connected to development of science and innovation but also to certain ethical considerations on the beginning of life.

The human rights framework relevant to stem cell research is presented. This framework is found in Unesco's Universal Declaration on Bioethics and Human Rights and the Council of Europe's Convention on Biomedicine and Human Rights. The declaration is mainly concerned with how the regulatory process in bioethical fields should take place, i.e. the process should emphasise professionalism, honesty, integrity and transparency and dialogue between the various stake-holders and society as a whole should be promoted. The convention emphasises the principle of dignity but does not offer a definition of the terms "human being" and "everyone" thus making it unclear if the principle of dignity applies to the human embryo and foetus. Despite of this uncertainty the convention does include a provision that has



implications for embryonic stem cell research. Article 18 forbids the creation of embryos solely for research purposes, but apart from that does not regulate whether or not research on embryos in vitro is allowed or forbidden but does stipulate that where national legislation allows for such research adequate protection should be afforded to the embryo in vitro. Neither the convention nor the explanatory report offers a definition of which measures must be taken in order to ensure adequate protection.

Next the EU legal framework is considered. The Member States have chosen very different paths in this question reflecting considerable disagreement at a national level on the ethical feasibility of stem cell research. Article 6 (3) of the Treaty on European Union stipulates that the Union must respect the national identities of the Member States. According to the Commission's interpretation of this provision the Union is not competent to regulate within the ethical domain, which includes embryonic stem cell research. That does, however, not entail that community law is of no significance to this type of research. A considerable *de facto* regulation of stem cell research takes place within the EU Framework Research Programmes. Under the Sixth and Seventh Framework Research Programmes a set of ethical guidelines was adopted explicitly excluding three types of research from receiving EU funding: research on reproductive cloning of humans, research aiming at making hereditary changes in human DNA and research involving the procurement of embryos purely for research purposes. The guidelines state that this exclusion does not reflect a value judgment of legislation or ethical guidelines at a national level but rather reflects that research funded by the Union should comply with the EU Charter of Fundamental Rights and the Council of Europe's Convention on Biomedicine and Human Rights, even though the latter has only been signed and ratified by a minority of the original Member States.

Even though the guidelines allow funding of stem cell research performed on surplus eggs, only a small percentage of the research programme budget has been awarded to embryonic stem cell research, and no funding has been given to the creation of new stem cell lines. Instead funding has been given to research on existing stem cell lines (which for the most part are characterised as research grade and not fit for clinical use). The Member States that are sceptical towards research on embryos in vitro have thus gained considerable influence representing an element of transboundary ethics which is very different to the situation within other areas: in connection with services relating to the reproductive area the EU principle of free movement has ensured what one might call "moral forum shopping" allowing EU citizens to seek out services provided under more accommodating legal and moral boundaries in other Member States. The guidelines connected to the re-

search framework programmes, on the other hand, function as a hindrance to the free movement of research and researchers.

In 2003 the Danish Parliament amended the Act on Artificial Fertilisation thus allowing stem cell research on surplus eggs. This provision implicates that all eggs used for research were originally fertilised with a clinical purpose. In the *travaux préparatoires* Parliament did, however, remark that the restriction was based on the scientists' clear statements that surplus eggs would be a sufficient source of eggs for their research purposes and that when clinical application of stem cells was within further reach Parliament would be willing to consider allowing cell nuclear transfer (therapeutic cloning) even though this would entail making reservations with regard to Article 18 of the Convention on Biomedicine and Human Rights, which is signed and ratified by Denmark (but incidentally not implemented in Danish law by means of an Act as is required in a dualistic legal system such as the Danish. This means that the Convention has not formally been made part of Danish law. The dualistic view has, however, been criticised in legal theory and according to the argumentative approach outlined in chapter 2 together with the interplay between the Biomedicine Convention and the European Convention on Human Rights, the Convention can be said to be a part of Danish law).

According to the Danish Act, the embryos used for research can be donated with the couple's consent directly after a treatment cycle or after five years of cryopreservation when the embryos must be destroyed or donated to research. The term surplus is not defined in the Act, thus the categorisation is a scientific one meaning that the term surplus is interpreted by the clinicians in the fertility clinic.

Research on embryos in vitro in connection with stem cell research is allowed if the research aims at creating knowledge which will improve possibilities of treatment of diseases in humans. It is *not* a condition that usage of embryos is *necessary* as is the case in many other countries. The area of allowed research is thus quite wide as the only type of research mentioned as falling outside the scope of the provision is research that could lead to better types of contraception. The provision allows for both fundamental/basic research and research linked more directly to clinical applications of stem cells. Presumably, using embryos in the teaching and training of researchers is also allowed.

Danish law contains several provisions that serve as the "adequate protection" measures mentioned in the Convention on Biomedicine and Human Rights. First of all, research is only allowed on embryos in vitro within the

first 14 days after fertilisation. Parliament did not afford much attention to the 14 day limit, the primary reason for setting the limit at 14 days was the significance of implantation and that this limit had been identified as the relevant limit internationally. Again biological reasons were used as a means of avoiding discussions on the ethical status of the embryo, illustrating that Danish legislation on stem cell research has been approached in a rather pragmatic way.

During the legislative process the Union of Laboratory Technicians requested that the amendment of the Act should include a clause allowing conscientious objection to participation in stem cell research. This was dismissed by the Minister of Health as he did not think stem cell research could be compared to abortion. This reflects that the embryo is viewed differently than the foetus in terms of ethical considerations, a fact which is further reflected in the Act's provisions on criminal sanctions. Unlike unlawful abortions which carry a penalty of up to 4 years' imprisonment, unlawful research on embryos in vitro is punished with a fine or with a prison sentence of up to 4 months, regardless of which type of illegal research is performed.

Next, I move on to considering the British regulatory regime arguing that this type of regulation offers several advantages compared to Danish legislation: British regulation is based on an agreement or consensus on basic ethical and legal principles and left to a competent regulator (rather than the legislator) unlike Danish law which has evolved on a more fragmented basis and thus is less able to accommodate scientific progress at an appropriate pace.

## **7. Conclusions and Future Perspectives**

Chapter 8 summarizes the conclusions of the thesis and presents a number of future scenarios and how they challenge the present legislative approach in Denmark.

First of all, the law does indeed operate with a number of different categories, and as a result the traditional theory that views the period between conception and birth as a uniform period does not seem to adequately describe the legal position of the foetus and the embryo. As a result in hard cases such as *Vo v. France*, there is a tendency to rely on the traditional and inadequate conceptual framework instead of viewing the foetus as a *casus sui generis* with a dynamic and flexible legal status.

The conclusion points out a number of parameters which are significant for the legal categorisation of the foetus and the embryo: Biological potential-

ity, suitability, the woman's intention and autonomy, biographical potentiality, scientific potentiality and lack of potentiality. Through a contextual weighing of these parameters the foetus and the embryo are placed in different legal categories, each with its own connected status and legal implications. These include in vitro, in vivo and ex vivo each with a number of sub-categories such as 'waste', 'potential child', 'valuable research object', 'viable', 'about to be born', 'fertility potential', 'ill', 'supernumerary', 'source of regenerative medicine', 'tissue', 'possibly fit for use', 'expired', 'dead child' and 'potentially burdensome'.

The legal categorisation of the embryo and the foetus is often characterised by relying on scientific and biological arguments used as veil for value judgments. This pragmatic way of handling the legal categorisation of the embryo and the foetus is, however, challenged by a number of future scenarios.

The first future scenario is ectogenesis, which challenges nearly all of the biological categorisations that abortion legislation relies on. This includes e.g. the concept of viability and the legal concepts of reproductive and procreational autonomy.

The second future scenario is the use of hybrids, chimera and cybrids in stem cell research, which challenges the current distinction between human and animal. Cybrids, especially, prove a challenge to current regulation, as the creation of cybrids seems to fall outside the scope of the Act on Artificial Fertilisation which only covers fertilisation and research involving human embryos and human gametes. A cybrid created from the enucleated egg of an animal and a human skin cell would thus not be regulated by the Act, and this is just one example of how various legal concepts are challenged.

The third future challenge is the growing impact of community law which uses the principles of free movement and the single market integration as a trigger for strengthening reproductive rights. The possibility of moral forum shopping will make it increasingly difficult for each Member State to uphold national ethical and legal limits. Another scenario showing the need for some degree of European or international consensus has already been seen in connection with dubious and potentially dangerous offers of clinical stem cell treatments.

Based on the legal challenges offered by the various future scenarios, the concluding remarks reflect on how "legal hybrids" such as embryos and foetuses can be dealt with in the law in a more dynamic way. First of all this involves awareness of the fact that different parameters play a role in the le-

### *Summary in English*

gal categorisation, allowing for a contextual and flexible legal status. Secondly, it involves identifying the issues at stake, placing the issues in suitable legal concepts and balancing the involved interests in a more explicit way. The Danish regulation of stem cell research, which is often characterised as pragmatic, can in fact be seen as a first step in this direction.

## Litteraturhenvisninger

### A

- Aasen, Henriette Sinding: *Hva slags barn? Abortdebatt med nytt indhold* i Retfærd 50 nr. 3/1990 p. 28-41
- Aasen, Henriette Sinding: *Fosterdiagnostikk og rettferdighet: Et kvinne- og menneskerettslig perspektiv* i Kirsten Ketscher, Jytte Lindgård & Ruth Nielsen: *Den sociale dimension i kvinderetligt perspektiv*, København, 1995, p. 215-235
- Aasen, Henriette Sinding: *Da mor var mor og far var far: Noen betraktninger om forplantningsteknologi, verdivalg og juss* i David R. Doublet, Kai Krüger & Asbjørn Strandbakken: *Stat, politikk og folkestyre – festskrift til Per Stavang*, Alma Mater, Bergen, 1998, p. 219-246
- Aasen, Henriette Sinding: *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, Fagbokforlaget, Bergen, 2000
- Andersen, Hanne, Claus Emmeche, Michael Norup & Peter Sandøe: *Videnskabsteori for de biologiske fag*, Biofolia, Frederiksberg, 2006
- Andersen, Søren Stig: *Dyrs rettigheter* i Juristen nr. 7/1998 p. 249-267
- Andersen, Søren Stig: *Dyrs rettigheter – et svar* i Juristen nr. 3/1999 p. 126-127
- Anderson, Sally: *Kategorisering. Fællesmængder og særpræg hos børn* i I.K. Hastrup (red.): *Viden om verden*, Hans Reitzel, København, 2004, p. 71-93
- Anstey, K.W.: *Are Attempts to have impaired children justifiable* i Journal of Medical Ethics, 2002, 28, p. 286.
- Anstötz, Christoph: *Should a brain-dead pregnant woman carry her child to full term? The case of the "Erlanger Baby"* i Bioethics, vol. 7, no. 4, July 1993, p. 340-350

### B

- Beauchamp, Tom L. & James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics*, 5. udgave, Oxford University Press, New York, 2001
- Bentzon, Viggo: *Den Danske Personret*, 2. udgave, G.E.C. Gad, København, 1900
- Bernt, Jan Fridtjof og David Doublet: *Juss, samfunn og rettsanvendelse*, Ad Notam Gyldendal, Oslo, 1996
- Bernstein, I.M. et al.: *Maternal Brain Death During Pregnancy and Prolonged Fetal Survival* i Obstetrics and Gynecology 74/1989, p. 434-437
- Beyleveld, Deryck & Roger Brownsword: *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford University Press, Oxford, 2001
- Beyleveld, Deryck, Roger Brownsword & Margaret Llewelyn: *The Morality Clauses of the Directive on the Legal Protection of Biotechnological Inventions: conflict, compromise and the patent community* i Richard Goldberg & Julian Lonbay (eds.): *Pharmaceutical Medicine – Biotechnology and European Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 157-181
- Beyleveld, Deryck & Shaun Pattinson: *Landesbericht Grossbritannien* i Albin Eser, Hans-Georg Koch & Carola Seith (red.): *Internationale Perspektiven zu Status und Schutz des extrakorporalen Embryos*, Nomos, Baden-Baden, 2007, p. 171-203

## Litteraturhenvisninger

- Blume, Peter: *Databeskyttelsesret*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2008
- Blume, Peter: *Rettens veje og vildveje*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2007
- Borum, O. A.: *Personretten*, G.E.C. Gads Forlag, København, 1942
- Braude, Peter, Stephen L. Minger & Ruth M. Warwick: *Stem Cell Therapy: Hope or Hype?* i *British Medical Journal* (2005) 330, p. 1159-1160
- Brazier, Margaret: *Regulating the Reproduction business?* i *Medical Law Review*, 7, Summer 1999, p. 166-193
- Brown, Nik, Alex Faulkner, Julie Kent & Mike Michaels: *Regulating hybrids: 'Making a Mess' and 'Cleaning Up' in Tissue Engineering and Transpecies Transplantation* i *Social Theory & Health* (2006) 4, p. 1-24
- Bruun, Jørgen Rønnow, Nina Lassen og Lars Adam Rehof: *Fosterets retsstilling* i UfR 1985B.180-192
- Buss, Dorthe Vennemose: *Værgemål – og andre former for repræsentation*, Nyt Juridisk Forlag, 2. udgave, 2003
- Børing, Hanne S.: *Retten til naturalytelser* i Asbjørn Kjønstad (red.): *Trygdeytelser i Europa*, Ad Notam Gyldendal, Oslo, 1999, p. 57-76

## C

- Callus, Thérèse: *Wrongful life à la française* i *Medical Law International*, 2001, vol. 5, p. 117-125
- Cave, Emma: *The Mother of All Crimes – Human Rights, Criminalization and the Child Born Alive*, Ashgate, Aldershot, 2004
- Cedar, S.H., J. A. Cooke, Z. Luo, M.J. Patel & S.L. Minger: *From embryos to embryonic stem cells: biopolitics and therapeutic potentials* i *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 13, no. 5, November 2006, p. 725-731
- Charlesworth, Max: *Bioethics in a Liberal Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993
- Chen, Y. et al.: *Embryonic stem cells generated by nuclear transfer of human somatic nuclei into rabbit oocytes* i *Cell Research*, vol.13, no. 4, 2003, p. 251-264  
<[www.nature.com/cr/journal/v13/n4/abs/7290170a.html](http://www.nature.com/cr/journal/v13/n4/abs/7290170a.html)>
- Christiansen, Connie Carøe, Garbi Schmidt, Mogens Nygaard Christoffersen: *Provokeret abort – Undersøgelse af baggrund og virkninger*, Socialforskningsinstituttet, København, 2003
- Christensen, Anna: *Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster* i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1996, p. 235-241
- Christoffersen, Jonas: *Folkerettens virkning i dansk ret* i UfR 2001B.143-148
- Colvin, Cathleen M.: *Society for the Protection of Unborn Children (Ireland) Ltd. v. Grogan: Irish Abortion Law and Free Movement of Services in the European Community* i *Fordham International Law Journal* 1991/1992, 15, p. 467-526
- Cook, Rebecca J. & Bernard M. Dickens: *Human rights dynamics of abortion law reform* i *Human Rights Quarterly*, Feb. 2003, Vol. 25, nr. 1, p. 1-59

Cook, Rebecca J., Bernard M. Dickens & Mahmoud F. Fathalla: *Reproductive Health and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2003

Cranor, Carl F.: *Toxic Torts – Science, Law and the Possibility of Justice*, Cambridge University Press, New York, 2006

## **D**

Dahl, Tove Stang (red.): *Kvinneverett I*, Universitetsforlaget, Oslo, 1985

Davies, Margaret & Ngaire Naffine: *Are Persons Property?*, Ashgate, Aldershot, 2001

Dederer, Hans-Georg: *Regulation of Human Embryonic Stem Cell Research in Germany* i *Journal of International Biotechnology Law*, 2006 3 (2), p. 63-71

Detrick, Sharon (ed.): *The United Nations Convention on the Rights of the Child – A Guide to the “Travaux Préparatoires”*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992

Deuntzer, J.H.: *Kort Fremstilling af Den danske Personret (2det Afsnit af Privatrettens almindelige Del)*, 2det Oplag, Trykt som Manuskript til Brug ved Forelæsninger, O.C. Olsen & Co, København, 1889

Dickenson, Donna L.: *Who owns embryonic and fetal tissue?* i Donna L. Dickenson (ed.): *Ethical Issues in Maternal-Fetal Medicine*, Cambridge University Press, New York, 2002, p. 234-235

Dickenson, Donna: *Property in the Body – Feminist Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007

Donchin, Anne & Laura M. Purdy (eds.): *Embodying Bioethics – Recent Feminist Advances*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 1999

Dorner, Dalia: *Jurisprudence in the Age of Biotechnology - An Israeli Case Analysis* i *Annals New York Academy of Sciences* 2000; 913: 188-197

Dübeck, Inger: *Personers rettigheder – om individets fysiske og psykiske integritet, selvbestemmelsesret og identitet*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 1997

Dute, Jos: *Principles of the Convention on Human Rights and Biomedicine* i J.K.M. Gevers, E.H. Hondius & J.H. Hubben (eds.): *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005, p. 3-12

Dworkin, Ronald: *Life's Dominion*, Vintage Books, New York, 1993

Dworkin, Ronald: *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1986

Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London 1977

Dworkin, Ronald: *Hard Cases* i *Harvard Law Review*, vol. 88, April 1975, No. 6, p. 1057-1109

## **E**

Eide, Asbjørn: *Retten til helse som menneskerettighet* i *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter* nr. 4/2006 p. 274-290

Engelhardt, Jr., H. Tristram: *The Foundations of Bioethics*, Oxford University Press, New York, 1986

Esbensen, Lau Sander: *Thi Livet er stærkere end Loven*, ph.d. afhandling, Københavns Universitet, 2003



## Litteraturhenvisninger

Eser, Albin & Hans-Georg Koch: *Abortion and the Law – From International Comparison to Legal Policy*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Asser Press, The Hague, 2005

Evald, Jens og Sten Schaumburg-Müller: *Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2004

## F

Farley, Margaret A.: *Roman Catholic Views on Research Involving Human Embryonic Stem Cells* i Suzanne Holland, Karen Lebacqz & Laurie Zoloth (eds.): *The Human Embryonic Stem Cell Debate: Science, Ethics and Public Policy*, MIT Press, Cambridge, Mass., 2001, p. 113-118

Feinberg, Joel: *Rights, Justice and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy*, Princeton University Press, Princeton, 1980

Feinberg, Joel: *The Rights of Animals and Unborn Generations* i William T. Blackstone (ed.): *Philosophy and Environmental Crisis*, University of Georgia Press, Athens, 1974

Foot, Philippa: *Killing and Letting Die* i Jay L. Garfield, Patricia Hennessey (ed.): *Abortion – Moral and Legal Perspectives*, The University of Massachusetts Press, Amherst, 1984, p. 177-185

Friis, Asger & Ole Behn: *Arbejdsskadeforsikringsloven*, 3. kommenterede udgave ved Ole Behn og Viggo Bertram, GAD Jura, København, 1997

Frost, Lis: *Retlig regulering af bioteknologi – nogle eksempler* i Karsten Klint-Jensen og Svend Andersen (red.): *Bioetik*, København, 1999, p. 327-343

## G

Gawinetski, Jørgen & Henning Jønsson: *Familieforsikring – en kommentar*, 4. udgave, Thomson, København, 2001

Graungaard, Anette: *Små forbrydelser?*, Ugeskrift for Læger, 15. marts 2004, nr. 12

Greve, Vagn, Asbjørn Jensen og Gorm Toftegaard Nielsen: *Kommenteret straffelov – speciel del*, 8. omarbejdede udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2005

Greve, Vagn, Asbjørn Jensen og Gorm Toftegaard Nielsen: *Kommenteret straffelov – almindelig del*, 8. omarbejdede udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2005

Gøtze, Michael: *Domstolenes prøvelsesstrategier* i Juristen 2007, p. 251-261

## H

Halvorsen, Marit: *Norsk biobankrett*, Fagbokforlaget, Bergen, 2006

Hambro, Edward: *Den romerske tingsret*, Aschehoug & Co., Kristiania, 1921

Harck, Sten og Mette Hartlev: *Retten til værdighed og egen identitet* i Retsvidenskabeligt Institut B, Københavns Universitet, Årsskrift: *Grundrettigheder*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2000, p. 93-117

Harris, John: *Scientific research is a moral duty* i Journal of Medical Ethics, 2005, vol. 31, p. 242-248

Harris, John: *The Value of Life*, Routledge, London, 1985

Hartlev, Mette (red.): *Den gode samfundsforsker*, Akademisk Forlag, København, 1996

- Hartlev, Mette: *Den retlige regulering af biobanker*, Statens Sundhedsvidenskabelige Forskningsråd, København, 1996
- Hartlev, Mette: *Kloning i retlig belysning* i UfR 2001B.235-242
- Hartlev, Mette: *Hvem styrer hvem? Om lovgivning og teknologi* i Kaper Lippert-Rasmussen (red.): *Der må da være en grænse! Om holdninger til ny teknologi*, Museum Tusculanums Forlag, Københavns Universitet, København, 2003, p. 91-118
- Hartlev, Mette: *Syge har også rettigheder* i Stine Jørgensen, Helle Krunke, Mette Hartlev og Kirsten Ketscher (red.): *Nye retlige design*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2003, p. 51-63
- Hartlev, Mette: *Patienters sociale rettigheder* i Ida Elisabeth Koch og Hatla Thelle (red.): *Sociale menneskerettigheder*, Akademisk Forlag, København, 2004
- Hartlev, Mette: *Håbets reguleringskraft* i Ciara Damgaard, Carsten Henrichsen og Hanne Petersen (red.): *Ret & Usikkerhed*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2005, p. 59-78
- Hartlev, Mette: *Fortrolighed i sundhedsretten – et patientretligt perspektiv*, Thomson, København, 2005
- Hartlev, Mette: *Legitimering af stamcelleforskning – samspil mellem lovgivning og teknologi* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, Munksgaard Danmark, København, 2007, p. 45-66
- Hartlev, Mette: *Mellem principper og pragmatisme – om regulering af bioteknologi i Danmark* i Ulf Görman, Carl-Gustaf Andrén & Göran Hermerén (red.): *Att forma vår framtid*, Nordic Academic Press, Lund, 2007
- Heide-Jørgensen, Caroline: *Nye tendenser i den fri bevægelighed i sundhedssektoren? EF-Domstolens domme af 28. april 1998 i sagerne Kohll og Decker*, UfR 1999B.47-54
- Herrmann, Janne Rothmar: *Det etiske forbehold* i UfR 2005B.385-394
- Herrmann, Janne Rothmar: *Kvinden og fosteret i nyere menneskeretlig praksis* i Retfærd 116, nr. 1/2007, p. 69-84
- Herrmann, Janne Rothmar: *Ret og moral i abortspørgsmålet* i Juristen nr. 6/2007, p. 187-190
- Herrmann, Janne Rothmar: *Etisk forbehold ved abort – hvor langt rækker retten?* i Ugeskrift for Læger 169/51, 2007, p. 4488-4489
- Herrmann, Janne Rothmar: *Are You a Man or a Mouse* i Journal of International Biotechnology Law, 2008, vol. 5 (1) p. 16-19
- Hervey, Tamara K. & Jean V. McHale: *Health Law and the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004
- Holberg, Ludvig: *Naturens og Folkerettens Kundskab*, 5. edition, Berling, København, 1763
- Holm, Søren: *The Spare Embryo – A Red Herring in the Embryo Experimentation Debate*, Health Care Analysis, vol. 1, 1993, p. 63-66
- Holm, Søren: *Going to the roots of the stem cell controversy* i Bioethics, 2002, vol. 16, number 6, p. 493-507
- Holm, Søren: *The Ethical Case against Stem Cell Research* i Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics, 2003, 12, p. 372-383
- Holm, Søren: *Embryonic stem cell research and the moral status of human embryos* i Reproductive BioMedicine Online, vol. 10, supp. 1, 2005, p. 63-67

## Litteraturhenvisninger

- Holm, Søren: *The decision-making role of fathers in assisted reproduction* i Reproductive BioMedicine Online, vol. 14, suppl. 1, 2007, p. 81-85
- Holm, Søren: *Landesbericht Dänemark* i Albin Eser, Hans-Georg Koch & Carola Seith (red.): *Internationale Perspektiven zu Status und Schutz des extrakorporalen Embryos*, Nomos, Baden-Baden, 2007, p. 38-57
- Holm, Søren: *Hvorfor er de så forskellige? Det danske Ethiske Råd i international belysning* i Klenens Kappel og Anne Lykkeskov (red.): *Etik i tiden*, Det Ethiske Råd, København, 2007, p. 185- 194
- Honnefelder, Ludger: *Science, Law and Ethics* i J.K.M. Gevers, E.H. Hondius & J.H. Hubben (eds.): *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2005, p. 13-22
- Hull, N.E.H. & Peter Charles Hoffer: *Roe v. Wade – The Abortion Rights Controversy in American History*, University Press of Kansas, Lawrence, 2001
- Huxtable, Richard: *D(en)ying Life: The Sanctity of Life Doctrine in English Law*, Retfærd 98, nr. 3/2002, p. 60-81.
- Hybel, Ulla: *Forsøgspersoner – om den retlige beskyttelse af mennesker, der deltager i biomedicinske forsøg i Danmark*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 1998
- Høyer, Klaus: *Hvem ejer cellerne? Etisk kategorisering, rettigheder og patent* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, Munksgaard Danmark, København, 2007, p. 93-108
- Høyer, Klaus og Lene Koch: *Håbets teknologi en skabelsesberetning* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, Munksgaard Danmark, København, 2007, p. 19-42

## J

- Jackson, Emily: *Medical Law – Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2006
- Jakobsen, Turf Böcker: *Hvem ved, hvornår ryggen begyndte at værke? Professionspluralisme i det sociale klagesystem* i Retfærd 118 nr. 3/2007, p. 40-56
- Jasanoff, Sheila: *Science at the Bar – Law, Science and Technology in America*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1995
- Jensen, Poul Dahl og Jørgen Paulsen: *Tvang i psykiatrien*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 1991
- Johansen, Katrine Schepelern: *Kategorisering i psykiatrien* i Karen Fog Olwig og Karsten Pærregaard (red.): *Integration – Antropologiske perspektiver*, Museum Tusculanums Forlag, København, 2007, p. 155-171
- Jørgensen, Stine: *Etniske minoritetskvinders sociale rettigheder – Arbejdsmarked, seksualitet og uddannelse*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2007

## K

- Kant, Immanuel: *Groundwork for the metaphysics of morals*, Oxford University Press, Oxford, 2002
- Kant, Immanuel: *Lectures on Ethics*, Methuen and co, London, 1930
- Kappel, Klemens: *Hvordan kan man diskutere bioetiske problemer?* i Karsten Klint Jensen & Svend Andersen (red.): *Bioetik*, Rosinante, København, 1999, p. 199-239

- Kappel, Klemens: *Grundproblemer i medicinsk etik*, ph.d. afhandling, Københavns Universitet, 1996
- Kappel, Klemens: *Fostrets etiske status og sene aborter*, under udgivelse
- Kelsen, Hans: *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley, 1967
- Kemp, Peter: *Bioethics in Law and Biolaw in Ethics* i Peter Kemp, Jacob Dahl Rendtorff & Niels Mattsson Johansen (eds.): *Bioethics and Biolaw*, vol. 1, *Judgement of Life*, Rhodos International Science and Art Publishers & Centre for Ethics and Law, Copenhagen, 2000, p. 63-77.
- Ketscher, Kirsten: *Mod en argumentativ ret*, Jussens venner, hefte 5-6, Universitetsforlaget, Oslo, 2000, p. 272-287
- Ketscher, Kirsten: *Nogle udviklingslinjer i kvinderetten* i Ann Numhauser-Henning (red.): *Normativa perspektiv – festskrift til Anna Christensen*, Juristförlaget i Lund, Lund, 2000
- Ketscher, Kirsten og Kent Kristensen: *Ret til hospitalsbehandling i EU*, Ugeskrift for Læger 2001; 163 (43): 6467
- Ketscher, Kirsten: *Retsvidenskaben set gennem kvinderettens prisme* i Bjarte Askeland & Jan Frithjof Bernt (red.): *Erkennelse og engasjement*, Fagbokforlaget, Bergen, 2002, p. 57-71
- Ketscher, Kirsten: *Kvindekonventionen gælder i dansk ret* i Henrik Dam, Lise Dybdahl og Finn Taksøe-Jensen (red.): *Jura og historie – festskrift til Inger Dübeck som forsker*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2003, p. 438-451
- Ketscher, Kirsten: *Folkepension i 50 år* i Juristen 2007 p. 111-120
- Ketscher, Kirsten: *Socialret*, 3. udgave, Thomson, København, 2008
- Kjønstad, Asbjørn: *Erstatning for "feilslått" familieplanlegging – særlig om utgifter til underhold av velskapt barn som fødes etter "mislykket" sterilisering eller abort* i Lov & Rett 1991, p. 131-161
- Kjønstad, Asbjørn: *Helserett*, Gyldendal, Oslo, 2005
- Kjønstad, Asbjørn: *Et verk om 'Fortrolighed i sundhedsretten' og moralfilosofi i rettsvitenskapen* i Retfærd 118 nr. 3/2007 p. 69-82
- Koch, Lene: *Tvangssterilisering i Danmark 1929-67*, Gyldendal, København, 2000
- Krarup, Ole: *Retfærdighed og juridisk seismologi* i Peter Blume, Ditlev Tamm, Vibeke Vindelev (red.): *Suum cuique*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 1991, p. 21-29
- Krunke, Helle: *Den Udenrigspolitiske Kompetence*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2003
- Kruse, Anders Vinding: *Erstatningsretten*, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 1989
- Kvåle, Gunnar og Henriette Sinding Aasen: *Svangerskapsomsorg en menneskerett også for fattige kvinner* i Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter, nr. 4/2006 p. 291-300

## L

- Lamont, Michèle and Virág Molnár: *The Study of Boundaries in the Social Sciences* i Annual Review of Sociology (2002) 28:167-195
- Lang, Wieslaw: *The Status of the Human Embryo* i Criminal Law Forum, vol. 3, no. 3, Spring 1992, p. 419-440

## Litteraturhenvisninger

- Langstrup, Henriette: *Celler til hvem? Stamcelleforskning og de hypotetiske brugere* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, Munksgaard Danmark, København, 2007
- Lavender, Nicholas: *The Problem of the Margin of Appreciation* i *European Human Rights Law Review*, 1997, 4, p. 380-390
- Levi, Joel: *Wrongful Life Decision in Israel* i *Medicine and Law* (1987) 6:373-374
- Levy, N.: *Deafness, Culture and Choice* i *Journal of Medical Ethics*, 2002, 28, p. 284
- Lewis, Penny: *The necessary implications of wrongful life claims: lessons from France* i *European Journal of Health Law* 12: 135-153, 2005
- Locke, John: *An essay concerning human understanding*, edited by P. H. Nidditch, Clarendon Press, Oxford, 1975
- Lonbay, Julian: *The free movement of health care professionals in the European Community* i Richard Goldberg & Julian Lonbay (ed.): *Pharmaceutical Medicine – Biotechnology and European Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 45-75
- Lorenzen, Peer, Lars Adam Rehof, Tyge Trier, Nina Holst-Christensen og Jens Vedsted-Hansen: *Den Europæiske Menneskeretskonvention – EMRK kommentar (art. 1-10)*, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2003
- Lund-Andersen, Inger, Noe Munck og Irene Nørgaard: *Familieret*, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2003
- Lynch, Michael: *Membership categories in courtroom testimony* i Sheila Jasanoff (ed.): *States of knowledge – The co-production of science and social order*, Routledge, London, 2004, p. 161-180

## M

- Madsen, Helle Bødker: *Sundhedsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2007
- Marshall, John: *The case against experimentation* i Anthony Dyson & John Harris (eds.): *Experiments on Embryos*, Routledge, London, 1990, p. 55-64
- Mason, J.K.: *What's in a name? The vagaries of Vo v France* i *Child and Family Law Quarterly*, 2005:17:1, p. 97-112
- Mason, J.K. & G.T. Laurie: *Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics*, 7<sup>th</sup> Edition, Oxford University Press, Oxford, 2006
- Mathieu, Bertrand: *The right to life*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006
- McLaren, A.: *Report on the use of human foetal embryonic and pre-embryonic material for diagnostic, therapeutic, scientific, industrial and commercial purposes*. Select Committee of Experts on the Use of Human Embryos and Foetuses, Council of Europe, Strasbourg, 1989
- Meredith, Sheena: *Policing Pregnancy*, Ashgate, Aldershot, 2005
- Morgan, Derek & Robert G. Lee: *In the Name of the Father? Ex parte Blood: Dealing with Novelty and Anomaly* i *Modern Law Review* 1997, 60:6, p. 840-856
- Morgan, Derek: *Science, Medicine and Ethical Change* i Andrew Bainham, Shelley Day Sclater & Martin Richards (eds.): *Body Lore and Laws*, Oxford, 2002, p. 329-342
- Mulkay, Michael: *The Triumph of the Pre-Embryo: Interpretations of the Human Embryo in Parliamentary Debate over Embryo Research* i *Social Studies of Science*, Vol. 24, No. 4 (Nov., 1994), p. 611-639

- Mulkay, Michael: *Rhetorics of Hope and Fear in the Great Embryo Debate* i *Social Studies of Science*, Vol. 23, No. 4. (Nov., 1993), p. 721-742
- Munthe, Christian: *Livets slut i livets början – en studie i abortetik*, Thales, Stockholm, 1992

## N

- Neergaard, Erik B.: *Kan dyr have rettigheder?* i *Juristen* nr. 10/1998 p. 415-416
- Neergaard, Erik B.: *Et gensvar om dyrs rettigheder* i *Juristen* nr. 6/1999 p. 252
- Nexø, Sniff Andersen: *Over grænser. Om fostres foranderlige betydninger i medicinske praksisser* i *Årsskrift for Medicinsk Museion* 2006, p. 35-42
- Nexø, Sniff Andersen: *Det rette valg – Dansk abortpolitik i 1930'erne og 1970'erne*, Ph.d. afhandling, Københavns Universitet, 2005
- Nielsen, Beth Grothe: *Fra fosterdrab til fri abort* i Else Marie Kjerkegaard, Ingelise Koefoed, Birgit Petersson (red.): *Livet begynder ved befrugtningen – om nødvendigheden af fri abort*, Tiderne Skifter, København, 1989
- Nielsen, Beth Grothe: *Letfærdige Qvindfolk – fosterdrab og fødsel i dølgsmål i retshistorisk belysning*, Kriminalistisk Institut, Københavns Universitet, 1980, hæfte 1-3
- Nielsen, Linda: *Patent på stamceller – ret og etik* i Mads Bryde-Andersen, Caroline Heide-Jørgensen & Jens Schovsbo (red.): *Festskrift til Mogens Koktvedgaard*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2003, p. 373-381
- Nielsen, Linda og Jesper Vorstrup Rasmussen: *Familieretten*, 3. udgave, Thomson, København, 2001
- Nielsen, Linda: *De gennemsigtige gener* i Kirsten Ketscher, Jytte Lindgård & Ruth Nielsen: *Den sociale dimension i kvinderetligt perspektiv*, København, 1995, p. 195-214
- Norup, Michael: *Etiske problemer i forbindelse med abort og behandling af nyfødte*, ph.d. afhandling, Københavns Universitet, 1998
- Nowak, Manfred: *UN Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary*, N.P.Engel Publisher, Kehl, 1993

## O

- Olsen, Henrik Palmer: *Rationalitet, ret og moral*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 1997
- Ohlin, Jens David: *Is the Concept of the Person necessary for Human Rights?* i *Columbia Law Review* vol. 105, no. 1, 2005, p. 209-249

## P

- Pedersen, John Erik: *EF Domstolen om sygehusbehandling i udlandet* i *Ugeskrift for Læger* 2001; 163 (43): 6009
- Perselli, Jan: *Fostersyn i svensk rätt*, Linköping Universitet, Linköping, 1998
- Petersen, Maj-Britt Tanderup, Christina Rørbye og Lisbeth Nilas: *Stor variation i behandlingsregimer ved medicinsk abort i Danmark*, *Ugeskrift for læger*, 165/21, 19. maj 2003, p. 2187-2190
- Plomer, Aurora: *The Law and Ethics of Medical Research: International Bioethics and Human Rights*, Cavendish, London, 2005

## Litteraturhenvisninger

- Pottage, Alain: *Introduction: The Fabrication of Persons and Things* i Alain Pottage & Martha Mundy (eds.): *Law, Anthropology, and the Constitution of the Social – Making Persons and Things*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 1-39
- Purdy, Laura M. & Michael Tooley: *Is Abortion Murder?* i Laura M. Purdy (ed.): *Reproducing Persons – Issues in Feminist Bioethics*, Cornell University Press, New York, 1996, p. 110-127

## R

- Raz, Joseph: *Legal Rights* i Oxford Journal of Legal Studies, vol. 4, no. 1, Spring 1984, p. 1-21
- Raz, Joseph: *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986
- Reece, E. Albert & Carol J. Homko: *Embryoscopy, Fetal Therapy and Ethical Implications* i 57 Albany Law Review 709-731, 1994
- Rehof, Lars Adam: *Behandling af og forsøg på fostre – terminologi, beskyttelsesbehov og reguleringsforslag*, Det Etske Råd, 1989
- Reid, Karen: *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 2nd Edition, Thomson, London, 2004
- Rowlandson, Malene: *Regulating human genetics in a pluralist society – legal and ethical implications of stem cell research* i Hans Viggo Godsk Pedersen (red.): *Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2005*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2005, p. 254-272
- Rosen, Lawrence: *Beyond compare* i Pierre Legrand & Roderick Munday (eds.): *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 493-510
- Ross, Alf: *Om ret og retfærdighed*, 3. oplag, Nyt Nordisk Forlag, København, 1971
- Ross, Alf: *Lærebog i folkeret, almindelig del*, anden udgave, Ejnar Munksgaard, København, 1946
- Rossel, Peter: *Medicinsk etik*, Gad, København, 1979
- Ruyter, Knut W., Reidun Førde & Jan Helge Solbakk: *Medisinsk etikk – en problembasert tilnærming*, Gyldendal, Oslo, 2000
- Rynning, Elisabeth: *Samtykke till medicinsk vård och behandling; en rättsvetenskaplig studie*, Iustus, Uppsala, 1994
- Rynning, Elisabeth: *Biobankarna – hög tid för bankinspektion?* i Förvaltningsrättslig tidskrift 6/1998, p. 303-333
- Rynning, Elisabeth: *God vård – en folkerättslig förpliktelse?* i Mänskliga rättigheter i vården, Statens Medicinsk-Etiska Råd, Stockholm, 1999
- Rynning, Elisabeth: *Offentligrättslig reglering av biobankerna – en utmaning för lagstiftaren* i Sanna Wolk (red.): *Biobanksrätt*, Studentlitteratur, Lund, 2003, p. 49-175
- Rynning, Elisabeth: *Kommentar til Carl Reinhold Bråkenhielms föredrag "Barnets moraliska makt"* i Lena Olsen (red.): *Barns makt*, Iustus Förlag, Uppsala, 2004, p. 31-35
- Rytter, Jens Elo: *Grundrettigheder – domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten*, Thomson, København, 2000

- Rytter, Jens Elo: *Grundrettigheder – nogle almene betragtninger* i Retsvidenskabeligt Institut B, Københavns Universitet, Årsskrift: *Grundrettigheder*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2000, p. 1-19
- Rönmmar, Mia: *Arbetsledningsrätt och arbetsskyldighet – en komparativ studie av kvalitativ flexibilitet i svensk, engelsk och tysk kontext*, Juristförlaget i Lund, Lund, 2004
- Rørbye, Christina: *Medical versus surgical termination of pregnancy in first trimester*, Ph.d. afhandling, Københavns Universitet, 2004

## S

- Saldeen, Åke: *Några frågor om 'ofödda barns' rättsskydd* i Kirsti Strøm Bull, Viggo Hagstrøm & Steinar Tjomsland (ed.): *Bonus Pater Familias – Festskrift til Peter Lødrup*, Gyldendal, Oslo, 2002, p. 577-602
- Schabas, William: *Study of the Right to Enjoy the Benefits of Scientific and Technological Progress and Its Applications* i Yvonne Donders & Vladimir Volodin: *Human Rights in Education, Science and Culture. Legal Developments and Challenges*, Ashgate/UNESCO, Aldershot/Paris, 2007, p. 273-307
- Scheel, Herman: *Forelæsninger over Norsk Tingsret*, Kristiania, 1912
- Schovsbo, Jens: *Immaterialretsaftaler – Fra kontrakt til status i kontraktsretten*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2001
- Schuck, Peter H.: *Multi-Culturalism Redux: Science, Law and Politics* i Yale Law and Policy Review 11, 1 (1993), p. 1-46
- Scott, Rosamund: *Rights, Duties and the Body*, Hart Publishing, Oxford, 2002
- Simonstein, Frida: *Artificial Reproduction Technologies (RTs) – all the way to the artificial womb?* i Medicine, Health Care and Philosophy, nr. 3/2006 p. 359-365
- Singer, Peter: *Rethinking Life & Death*, Oxford University Press, Oxford, 1994
- Singer, Peter: *Praktisk etik*, Hans Reitzels Forlag, København, 1993
- Singer, Peter & Diane Wells: *Making Babies: The New Science and Ethics of Conception*, Charles Scribner's sons, New York, 1985
- Singer, Peter: *The Expanding Circle: Ethics and Sociobiology*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 1981
- Solter, D., D. Beyleveld, M.B. Friele, J. Holowska, H. Lilie, R. Lovell-Badge, C. Mandla, U. Martin, R. Pardo Avellaneda: *Embryo Research in Pluralistic Europe*, Wissenschaftsethik und Technikfolgenbeurteilung Band 21, Springer, Berlin, 2003
- Sommer, Tine: *Retlig beskyttelse af bioteknologi*, UfR 2000B.457-465
- Sperling, Daniel: *Management of Post-Mortem Pregnancy*, Ashgate, Aldershot 2006
- Steier, Arnt & Per Bergsjø: *Mislykket provosert abort* i Tidsskrift for den Norske Lægeforening, 1992, p. 2538-2540
- Steinbock, Bonnie: *Life Before Birth*, Oxford University Press, New York, 1996
- Stokholm, Malene Rowlandson: *Patent Law, Biotechnology and Ethical Considerations*, Ph.d. afhandling, Syddansk Universitet, 2008
- Svendsen, Mette Nordahl: *Mellem reproduktiv og regenerativ medicin – donation som handlerum i fertilitetsklinikken* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, Munksgaard Danmark, København, 2007, p. 181-204



## Litteraturhenvisninger

- Svendsen, Mette Nordahl & Lene Koch: *Det overskydende æg – kategoriseringsprocesser i et moralsk landskab* i Lene Koch & Klaus Høyer (red.): *Håbets teknologi*, Munksgaard Danmark, København, 2007, p. 207-222
- Syse, Aslak: *Fra egg til menneske* i Anne Hellum, Aslak Syse & Henriette Sinding Aasen (red.): *Menneske, natur og fødselsteknologi – verdivalg og rettslig regulering*, Ad notam, Oslo 1990, p. 89-106
- Syse, Aslak: *Abortloven: Juss og verdier*, Ad notam Gyldendal, Oslo, 1993
- Syse, Aslak: *Rettsikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmete – Rettigheter, vern og kontroll som rettslige virkemidler*, Ad notam Gyldendal, Oslo, 1995
- Søvig, Karl Harald: *Tvang overfor rusmiddelavhengige – Sosialtjenesteloven §§ 6-2 til 6-3*, Fagbokforlaget, Bergen, 2007

## T

- Tamm, Ditlev: *Dansk & Europæisk retshistorie*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2001
- Tamm, Ditlev: *Romerret – Indføring i udvalgte emner med romerske retskilder*, Det Retsvidenskabelige Institut ved Københavns Universitet, København, 1977
- Taylor, Hannah & Stephen L. Minger: *Regenerative medicine in Parkinson's disease: generation of mesencephalic dopaminergic cells from embryonic stem cells* i Current Opinion in Biotechnology, vol. 16, issue 5, October 2005, p. 487-492
- Thomson, James A. et al: *Induced Pluripotent Stem Cell Lines Derived from Human Somatic Cells* i Science vol. 318, no. 5858, p. 1917-1920
- Thomson, Judith Jarvis: *A Defence of Abortion* i Philosophy and Public Affairs, Fall 1971, p. 47-66
- Thue, Helge J.: *Bioteknikk og bioetikk i et rettsfilosofisk perspektiv* i Anne Hellum, Aslak Syse & Henriette Sinding Aasen (red.): *Menneske, natur og fødselsteknologi – verdivalg og rettslig regulering*, Ad Notam, Oslo, 1990, p. 127-134
- Toebe, Brigit: *The Right to Health* i Asbjørn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas (eds.): *Economic, Social and Cultural Rights*, 2. udgave, Kluwer Law International, The Hague, 2001, p. 169-190
- Tong, Rosemarie: *Feminist Approaches to Bioethics* i Susan M. Wolf (ed.): *Feminism & Bioethics*, Oxford University Press, New York, 1996
- Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law no. 10, Nuernberg October 1946 – April 1949, U.S. Government Printing Office, Washington, 1949-53, bind 1 og 2: Case no. 1: *Karl Brandt et al.: The Medical Case*
- Trolle, Jørgen: *Lægeansvaret* i UfR 1959B.9-14

## U

- Ulfbeck, Vibe: *Den nye Formueret* i Juristen nr. 1/2006 p. 2-8

## V

- van Dijk, P., G.H.J. van Hoof: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law, Den Haag, 1998

- Vastag, Brian: *Medical news & perspectives: effort launched to study stem cell lines, train researchers how to nurture them* i *Journal of the American Medical Association* 2003: 289, 1092.
- Vestergaard, Jørn: *Flere slags culpa – om god skik og sagkyndigt bevis* i Petter Asp, Carl-Erik Herlitz og Lena Holmquist (red.): *Flores juris et legum*. Festskrift til Nils Jareborg, Iustus Förlag, Uppsala, 2002, p. 671-701
- Vestergaard, Jørn: *Dødshjælp – dansk ret*, Juristen 2000, p. 165-182
- Vigerust, Elisabeth: *Graviditet, arbejdsmiljø og ligestilling* i Kirsten Ketscher, Jytte Lindgård & Ruth Nielsen: *Den sociale dimension i kvinderetligt perspektiv*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 1995, p. 171-191
- von Eyben, Bo: *Lægeansvar* i Daniel Andersen, Carl Erik Mabeck, Povl Riis (red.): *Medicinsk Etik*, FADL's Forlag, København, 1985
- von Eyben, Bo: *Patientforsikring*, GEC Gad, København, 1993
- von Eyben, Bo & Helle Isager: *Lærebog i erstatningsret*, 6. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2007
- von Magnus, Michael og Anna Murphy: *Lægeloven med kommentarer*, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2004

## **W**

- Walín, Laura: *Ambiguity of the Embryo Protection in the Human Rights and Biomedicine Convention: Experiences from the Nordic Countries* i *European Journal of Health Law* 14 (2007) p. 131-148.
- Warnock, Mary: *An Intelligent Person's Guide to Ethics*, Duckworth, London, 1998
- Warnock, Mary: *A Question of Life - Warnock Report on Human Fertilization and Embryology*, Blackwell Publishers, London, 1985
- Westgren, Magnus et al.: *Fostermedicin – ung subspecialitet på väg att etablera sig i klinisk praxis* i *Läkartidningen*, Sveriges Läkarförbund, 2003:850-853
- Wreschner, overretssagfører: *Angrebene på Nævningeinstitutionen* i UfR 1931B.169

## **Z**

- Zahle, Henrik: *Praktisk retsfilosofi*, Christian Ejlers' Forlag, København, 2005
- Zoloth, Laurie: *The Ethics of the Eight Day: Jewish Bioethics and Research on Human Embryonic Stem Cells* i Suzanne Holland, Karen Lebacqz & Laurie Zoloth (eds.): *The Human Embryonic Stem Cell Debate: Science, Ethics and Public Policy*, MIT Press, Cambridge, Mass., 2001, p. 95-112
- Zweigert, K. & H. Kötz: *An Introduction to Comparative Law*, 3<sup>rd</sup> revised edition translated from the German by Tony Weir, Oxford University Press, Oxford, 1998



# Domme

## Danske domme

UfR 1917.888

Østre Landsrets dom af 9. maj 1935 i nævningsag nr. 3/1935

Østre Landsrets dom af 7. december 1936 i nævningsag nr. 19/1936

UfR 1968.900/2V

DIK1993-95.232

UfR 1998.894H

FED 1999.318 (Østre Landsrets dom af 25. januar 1999)

UfR 2002.1382Ø

UfR 2002.2619H

UfR 2006.1089H

## Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og -Kommission

Boso v. Italy, application no. 50490/99, Decision as to the admissibility, 5. september 2002

Brüggemann & Scheuten v. Germany, application 6959/75 adopted by the Commission on 12 July 1977

Burke v. UK, decision as to the admissibility application no. 19807/06 af 11. juli 2007

Byrzykowski v. Poland, application no. 11562/05 af 26. juni 2006

Calvelli and Ciglio v. Italy, application no. 32967/96 af 17. januar 2002

DH & others v. Czech Republic, application no. 57325/00 af 13. november 2007

Dickson v. UK, application no. 44362/04 af 4. december 2007

D. v. Ireland, application no. 26499/02, decision as to the admissibility, 28. juni 2006

Evans v. UK, application no. 6339/05 (Court - Fourth Section) af 7. marts 2006

Evans v. UK, application no. 6339/05 (Court – Grand Chamber) af 10. april 2007

Hadri-Vionnet v. Switzerland, application no. 55525/00 (Cour – Cinquième Section) af 14. februar 2008

Handyside v. UK, application no. 5493/72 af 7. december 1976

Herczegfalvy v. Austria, application no. 10533/83 af 24. september 1992

Gerdas, Lindell & Linder v. Sweden, application 12375/86 af 7. oktober 1987

Knudsen v. Norway, application no. 11045/84, decision af 8. marts 1985

Laskey, Jaggard & Brown v. UK, application nos. 21627/93; 21826/93; 21974/93 af 19. februar 1997

Marckx v. Belgium, application no. 6833/74 af 13. juni 1979

Mennitto v. Italy, application 33804/96 af 5. oktober 2000

Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, application no. 14234/88; 14235/88, 29. oktober 1992

Paton v. UK (X v. the United Kingdom), application 8416/79, decision of 13 May 1980 on the admissibility of the application

Pretty v. UK, application no. 2346/02 af 29. april 2002

## *Domme*

Rasmussen v. Denmark , application no. 8777/79 af 28. november 1984  
Reeve v. UK, application no. 24844/94 af 30. november 1994  
R.H. v. Norway, application no. 17004/90, Decision of 19 May 1992 on the admissibility of the application  
Sigurjónsson v. Iceland, application no. 16130/90 af 30. juni 1993  
Soering v. UK, application no. 14038/88 af 7. juli 1989  
Sunday Times v. UK, application no. 6538/74 af 26. april 1979  
Sørensen & Rasmussen v. Denmark, application nos. 52562/99 og 52620/99 af 11. januar 2006  
Tysiac v. Poland, application no. 5410/03, 20. marts 2007  
Vo v. France, application no. 53924/00 af 8. juli 2004  
Young, James & Webster v. UK, application no. 7601/76; 7806/77 af 13. august 1981  
X v. Austria, application no. 8278/78, decision on the admissibility, 13. december 1979

## **EF-Domstolen**

C-286/82 og 26/83, dom af 31. januar 1984: Luisi og Carbone  
C-186/87, dom af 2. februar 1989: Ian William Cowan  
C-159/90, dom af 4. oktober 1991: The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. mod Stephen Grogan m.fl.  
C-120/95, dom af 28. april 1998: Nicolas Decker  
C-158/96, dom af 28. april 1998: Raymond Kohll  
C-157/99, dom af 12. juli 2001: Smits og Peerbooms  
C-377/98, dom af 9. oktober 2001: Holland mod Rådet og Parlamentet  
C-385/99, dom af 13. maj 2003: Müller-Fauré og van Riets

## **Irland**

Attorney General v. X [1992] IESC 1; [1992] 1 IR 1 (5<sup>th</sup> March, 1992)  
<[www.bailii.org/ie/cases/IESC/1992/1.html](http://www.bailii.org/ie/cases/IESC/1992/1.html)> /jan. 2007

## **Israel**

Civil Appeal 518, 540/82 Zeitzoff v. Katz, Supreme Court Judgments vol. 40(2) p. 85, Supreme Court of Israel  
Nachmani v. Nachmani, (50(4) P.D. 661 (Isr)), Supreme Court of Israel

## **Frankrig**

99-13.701 Arrêt no. 457 du 17 novembre 2000, Cour de cassation, Assemblée plénière  
<[www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)>

Conseil d'État (Octobre 27, 1995) req. nos. 136-727 (Commune de Morsang-sur-Orge) & 143-578 (Ville d'Aix-en-Provence)  
<[www.lexinter.net/JPTXT2/arret\\_commune\\_de\\_morsang\\_sur\\_orge.htm](http://www.lexinter.net/JPTXT2/arret_commune_de_morsang_sur_orge.htm)>/dec. 2007

**Storbritannien** <[www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com)>

R v. Bourne (1938) 2 All ER 615  
Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees [1979] QB 276; [1978] 3 WLR 687;  
[1978] 2 All ER 987  
McKay v. Essex Area Health Authority, [1982] 2 All ER 771 (CA) 771  
R. v. Gibson [1990] 91 Cr.App.R. 341  
Re T [1992] 4 All ER 649, (1992) 9 BMLR 46, CA  
Re S [1992] 4 All ER 671, (1992) 9 BMLR 69  
M.R. in re T. (Adult: Refusal of Treatment), [1992] 3 W.L.R. 782  
Re MB [1997] 8 Med LR 217, (1997) 38 BMLR 175, CA  
R v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood [1997] 2 All ER 687  
Attorney-General's Reference (No. 3 of 1994) [1998] AC 245  
St. George's Healthcare NHS Trust v. S, Regina v. Collins and Others, ex parte S [1999] Fam  
26, (1998) 44 BMLR 194  
Barr v. Matthews Alliot J (1999) 52 BMLR 217  
Re A (conjoined twins: surgical separation) [2000] 4 All ER 961  
R (John Smeaton on Behalf of the Society for the Protection of the Unborn Child) v. The Sec-  
retary of State for Health et al [2002] 2 FCR 193  
Ms. B v. an NHS Hospital (2002) EWHC 429

R (ex parte Quintavalle on behalf of Pro-Life Alliance) v. Secretary of State for Health,  
House of Lords, 13 March 2003, session 2002-2003, <[www.publications.parlia-  
ment.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd030313/quinta-1.htm](http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd030313/quinta-1.htm)>

**Tyskland**

Amtsgericht Hersbruck XVII 1556/92, Beschluss vom 16. Oktober 1992, FamRZ 1992, 1471,  
NJW 1992, 3245  
BVertGE 39, 1. <[www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv039001.html](http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv039001.html)> /jul. 2007  
BVerfGE 88, 203. <[www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv088203.html](http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv088203.html) #Rn 002> /jul 2007  
BGH, 18. januar 1983, BGHZ 86, 240 – NJW 1983, 1371 – JZ 1983, 477

**USA** <<http://lp.findlaw.com>>

U.S. Supreme Court, Roe v. Wade, 410 US 113 (1973)  
U.S. Supreme Court, Mather v. Roe, 432 US 464 (1977)  
U.S. Supreme Court, Harris v. McRae, 448 US 297 (1980)  
Georgia Superior Court, Richmond County – University Health Services v. Robert Pi-  
azzi.(Docket No. CV86-RCV-464), 4 August 1986



## Betænkninger og redegørelser m.v.

Betænkning afgivet af Straffelovskommissionen af 9. november 1917

Betænkning afgivet af den af justitsministeriet d. 7. november 1932 nedsatte kommission angående lovligheden af svangerskabsafbrydelse m.v., 1936

Betænkning nr. 96/1954 angående ændring af svangerskabslovgivning m.v.

Betænkning nr. 454/1967 vedrørende lovgivning om transplantation

Betænkning nr. 522/1969 om adgang til svangerskabsafbrydelse

Betænkning nr. 985 om forældremyndighed og samvær afgivet af en arbejdsgruppe under justitsministeriet, København, 1983

Betænkning nr. 1335/1997 om information og samtykke i forbindelse med forsøg

Etisk Råd og Det Dyreetiske Råd: *Debatoplæg om kloning og kloningsrelaterede teknikker*, Det Etiske Råd, 2001

Etisk Råd: *Genundersøgelse af raske – redegørelse om præsymptomatisk géndiagnostik*, Det Etiske Råd, København, 2000

Etisk Råd: *Beskyttelse af menneskelige kønsceller, befrugtede æg, fosteranlæg og fostre*, Det Etiske Råd, København, 1989

Etisk Råd: *Arbejdsrapport om sene, provokerede aborter*, Det Etiske Råd, København, 1997

Etisk Råd: *Det Etiske Råds udtalelse om en eventuel ændring af abortgrænsen* af 23. marts 2007

Etisk Råd: *Mand eller mus – Etiske aspekter ved kimæreforskning*, Det Etiske Råd, København, 2007

European Commission: Commission Staff Working Paper Report on Human Embryonic Stem Cell Research, Report of 3 April 2006

Fremskridtets pris, Indenrigsministeriet, København, 1984

Genteknologiudvalgets rapport ”Fremtidens bioteknologier – muligheder og risici”, Ministeriet for Videnskab, Teknologi og Udvikling, København, 2002

NOU 1994:22 Bruk av celler og vev fra aborterte fostre, Utredning fra en arbeidsgruppe oppnevnt av Sosial- og helsedepartementet, Oslo, 1994

SOU 1991:42 Betänkande av transplantationsutredningen: Aborterade foster m.m., Socialdepartementet, Stockholm, 1991

SOU 1987:11 Skydd för det väntade barnet, Delbetänkande av utredningen om det ofödda barnet, Justitiedepartementet, Stockholm, 1987



## *Betænkninger og redegørelser m.v.*

Statens beredning för medicinsk metodik: Rutinmässig ultraljudsundersökning under graviditet, SBU rapport nr. 139, Stockholm, 1998

<[www.sbu.se/Filer/Content0/publikationer/1/ultraljud\\_graviditet\\_1998/Fulltext\\_Ultraljud.pdf](http://www.sbu.se/Filer/Content0/publikationer/1/ultraljud_graviditet_1998/Fulltext_Ultraljud.pdf)>

Svangreomsorg, retningslinjer og redegørelse. Sundhedsvæsenets indsats i forbindelse med graviditet, fødsel og barselsperiode, Sundhedsstyrelsen, 1998

<[www.sst.dk/publ/Publ2001/Svangreomsorg/pdf/retningslinier.pdf](http://www.sst.dk/publ/Publ2001/Svangreomsorg/pdf/retningslinier.pdf)>

The Law Commission: Report on Injuries to Unborn Children, Law Com. No. 60, Presented to Parliament, August 1974

Økonomi- og Erhvervsministerens redegørelse af 11. august 2003 om etiske aspekter i patentpraksis som følge af gennemførelsen af direktivet om beskyttelse af bioteknologiske opfindelser

<[www.ft.dk/img20021/udvlibag/lib4/20021\\_24174/20021\\_24174.pdf](http://www.ft.dk/img20021/udvlibag/lib4/20021_24174/20021_24174.pdf)>

## **Andet**

Abortankenævnets årsberetning 2000

Abortankenævnets årsberetning 2003

Abortankenævnets årsberetning 2004

Abortankenævnets årsberetning 2005

Abortankenævnets årsberetning 2006

Abortankenævnet, procedure for ankenævnsager

<[www.sst.dk/Tilsyn/Abortankenaevnet/Aarsberetninger\\_og\\_orientering\\_om\\_ankenaevnets\\_afgoerelser/Procedure\\_for\\_ankenaevnssager.aspx](http://www.sst.dk/Tilsyn/Abortankenaevnet/Aarsberetninger_og_orientering_om_ankenaevnets_afgoerelser/Procedure_for_ankenaevnssager.aspx)>

Den Centrale Videnskabsetiske Komité, årsberetning 2002

Den Centrale Videnskabsetiske Komité, årsberetning 2004

Den Sociale Sikringsstyrelses nyhedsbrev nr. 02, maj 2004 (ophævelse af afgørelse nr. 183 af 27. juni 2001)

EU Parlamentets Resolution on Sexual and Reproductive Health and Rights (Committee on Women's Rights and Equal Opportunities), juni 2002

EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, CFR-CDF. Opinion 4-2005: The Right to Conscientious Objection and the Conclusion by EU member states of Concordats with the Holy See

HFEA's principudtalelse om cytoplasmiske hybrider af 5. september 2007

<[www.hfea.gov.uk/en/1581.html](http://www.hfea.gov.uk/en/1581.html)>

HFEA Statement on licensing of applications to carry out research using human-animal cytoplasmic hybrid embryos af 17. januar 2008  
<[www.hfea.gov.uk/en/1640.html](http://www.hfea.gov.uk/en/1640.html)>

House of Commons, Science and Technology Committee: Government Proposals for the Regulation of Hybrid and Chimera Embryos, Fifth Report of Session 2006-07, volume I & II, published on 5 April 2007

Human Embryo – A Biological Definition. Discussion Paper, Australian Government, National Health and Medical Council, Canberra, 2005

International Society for Stem Cell Research: Guidelines for the Conduct of Human Embryonic Stem Cell Research, 2006  
<[www.isscr.org/guidelines/ISSCRhESCguidelines2006.pdf](http://www.isscr.org/guidelines/ISSCRhESCguidelines2006.pdf)>

Nordic Committee on Bioethics: *Stem Cell Research in the Nordic Countries - Science, Ethics, Public Debate and Law*, Norden, September 2007

Nordic Committee on Bioethics: *Assisted Reproduction in the Nordic Countries – A comparative study of policies and regulation*, TemaNord 2006:505, Nordic Council of Ministers, 2006

Omsorg for gravide og småbørnsfamilier med rusmiddelsproblemer – Familieambulatoriets interventionsmodel, Sundhedsstyrelsen, 2005

Sosial- og Helsedepartementet: Stamceller fra aborterte fostre og befruktede egg - medisinsk forskning, klinisk anvendelse og mulige alternativer, Oslo, 2000

Statens beredning för medicinsk metodik: Rutinmässig ultraljudsundersökning under graviditet, SBU rapport nr. 139, Stockholm, 1998  
<[www.sbu.se/Filer/Content0/publikationer/1/ultraljud\\_graviditet\\_1998/Fulltext\\_Ultraljud.pdf](http://www.sbu.se/Filer/Content0/publikationer/1/ultraljud_graviditet_1998/Fulltext_Ultraljud.pdf)>

Statistik fra Sundhedsstyrelsens abortregister  
Statistik fra Human Fertilisation and Embryology Authority

Statsadvokaten for Særlige Internationale Straffesager, Årsberetning, 2005

Sundhedsstyrelsens notat af 7. februar 2002 vedrørende HIV og behandling med kunstig befrugtning, jr. nr. 604-4-2001  
<[www.sst.dk/publ/Publ 20 02/ HIVInfertilitet020207.pdf](http://www.sst.dk/publ/Publ%2002/HIVInfertilitet020207.pdf)>

*Betænkninger og redegørelser m.v.*

Sundhedsstyrelsens retningslinjer for fosterdiagnostik – prænatal information, risikovurdering, rådgivning og diagnostik af 14. september 2004

The European Group on Ethics in Science and New Technologies to the European Commission, Recommendations on the ethical review of hESC FP7 research projects, Opinion No. 22, 20 June 2007

The Human Fertilisation and Embryology Authority's Code of Practice  
<[http://cop.hfea.gov.uk /cop/pdf/COP.pdf](http://cop.hfea.gov.uk/cop/pdf/COP.pdf)>

UK Stem Cell Bank, Code of Practice  
<[www.ukstemcellbank.org.uk/documents/Code%20of%20Practice%20for%20the%20Use%20of%20Human%20Stem%20Cell%20Lines.pdf](http://www.ukstemcellbank.org.uk/documents/Code%20of%20Practice%20for%20the%20Use%20of%20Human%20Stem%20Cell%20Lines.pdf)>

World Health Organization: Safe Abortion: Technical and Policy Guidance for Health Systems, Geneve, 2003